

**O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO:
ALGUMAS ANOTAÇÕES A RESPEITO DE SEU CONTEXTO,
CONTEÚDO E POSSÍVEL EFICÁCIA**

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität), Alemanha. Professor Adjunto de Direito Constitucional na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC/RS, onde também integra a Comissão Coordenadora. Juiz de Direito no RS e professor de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Pesquisador (bolsista) do Instituto Max-Planck de Direito Social Internacional e Estrangeiro em Munique.

1. Notas introdutórias

Com a recente inclusão do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais expressamente enunciados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, e não obstante a constatação de que a nossa ordem jurídica, em certa medida, já reconhecia e protegia a moradia mesmo no plano constitucional (aspecto que será objeto de oportuno exame), não há como negar que a questão da moradia, agora inequivocamente (pelo menos, no nosso entender) guindada à condição de direito fundamental, assume – pela ótica da ordem jurídica - feições novas, reclamando, talvez mais do que nunca, especial atenção por parte dos que se ocupam do tema, seja pela razão apontada, seja, entre outros motivos, pelo incremento galopante da exclusão social no nosso país e pelo conseqüente agravamento do antigo, mas lamentavelmente cada vez mais atual problema do acesso a uma moradia digna para largas parcelas da nossa população.

A partir do exposto e passando desde logo a anunciar os objetivos específicos deste trabalho, buscaremos, num primeiro momento, traçar um breve perfil do direito à moradia a partir da sua condição de direito fundamental expressamente consagrado na nossa ordem jurídico-constitucional, situando o direito à moradia no contexto da teoria geral dos direitos fundamentais. A seguir, após tecermos algumas considerações a respeito do que se poderia

designar de crise do Estado democrático de Direito e dos direitos fundamentais, passaremos a nos ocupar com a evolução, fundamentação e objeto do direito à moradia. No último segmento, à luz das premissas e pressupostos teóricos lançados, empreenderemos a tentativa de identificar e analisar, à luz de alguns exemplos, pelo menos parte das possíveis aplicações concretas do direito à moradia, na condição de direito fundamental da pessoa humana, pela ótica de sua eficácia e efetividade. Por derradeiro, convém consignar que renunciamos, desde logo, a qualquer pretensão de completude, já em face da miríade de aspectos e questionamentos que o tema suscita, mas também pelos limites impostos pelas dimensões deste texto. Assim, enfatizamos apenas o nosso propósito de contribuir, de alguma forma, para a discussão não apenas do conteúdo, significado e eficácia, do direito fundamental à moradia, mas, acima de tudo, das alternativas que a ordem jurídica oferece para a superação dos graves e angustiantes problemas que a realidade nos impõe.

2. Direitos Fundamentais: algumas premissas de cunho terminológico e conceitual

Para efeito deste ensaio e cientes de que não se deve hipostasiar a relevância do problema, partiremos aqui da constatação de que é possível traçar uma distinção entre direitos humanos e fundamentais, que, para além da dimensão meramente semântica, tenha condições de alcançar alguma relevância de ordem prática.

A propósito, convém registrar, desde logo, que o próprio Constituinte de 1988 consagrou expressamente esta distinção terminológica, o que já bastaria para que se a devesse levar a sério.¹ Tal distinção – em que pese outros possíveis fundamentos – já encontra sua razão de ser na existência de diversos planos ou esferas de posituação, notadamente na constatação – chancelada por expressiva doutrina – de que o termo “direitos fundamentais” aplica-se para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado,² ao passo que a expressão “direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano como tal (hoje já reconhecendo-se a pessoa como sujeito de direito internacional), independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, revelando um inequívoco caráter supranacional.³

O que importa, ao fim e ao cabo - e abstraindo da correção do critério distintivo mencionado - é a constatação de que a opção pela terminologia direitos fundamentais visa, acima de tudo, destacar a relevância das posições jurídicas como tais consideradas para a ordem constitucional e

¹ Basta referir, neste contexto, o art. 4º, inciso II, dispondo sobre o princípio da “prevalência dos direitos humanos” no âmbito das relações entre o Brasil e os demais Estados, assim como o Título II da nossa Constituição, portando a epígrafe “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

² Assim, por exemplo, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 369.

³ Neste sentido, por todos, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, v. 4, p. 51-52.

internacional, de tal sorte que também os assim designados direitos humanos (plano internacional) sempre compartilharão da nota característica da fundamentalidade, vista aqui pelo prisma substancial, isto é, da importância e essencialidade das posições jurídicas para a pessoa humana, fundamento de sua especial proteção pela ordem jurídica internacional e/ou interna.⁴

Por outro lado, é certo que, como regra geral – excepcionando-se aqui uma possível fundamentalidade formal dos direitos assegurados no âmbito europeu (pelo menos, os constantes da Convenção Européia de Direitos Humanos)⁵ – , ainda vale a observação de que, em princípio, apenas os direitos constitucionalmente reconhecidos e protegidos, caracterizam-se por uma dupla fundamentalidade material e formal, esta, por sua vez, sempre dependente das peculiaridades de cada ordem constitucional. No caso da Constituição Brasileira, a fundamentalidade formal, desdobra-se em três elementos, já largamente reconhecidos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à moradia) situam-se no ápice do ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia; b) ainda na condição de normas fundamentais insculpidas no corpo da Constituição, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado para a modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim designadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.⁶

⁴ Por esta razão, justifica-se a tendência relativamente recente, entre nós, no que diz com a utilização, pela doutrina, da expressão Direitos Humanos Fundamentais, abrangendo as esferas nacional e internacional de positivação. Neste sentido, v., entre outros, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996, assim como MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

⁵ Como suporte desta afirmação, poder-se-á levar em consideração a existência tanto de instâncias supranacionais reconhecidas e efetivas na proteção dos direitos fundamentais consagrados na Convenção Européia, quanto a igualmente reconhecida vinculatividade da Convenção em relação aos Estados signatários. Este, aliás, apenas um dos diversos elementos que têm levado boa parte da doutrina a sugerir ou mesmo aclamar a existência até de um direito constitucional europeu e mesmo internacional em matéria (não exclusiva, mas principalmente) de direitos humanos. Sobre este ponto, no que diz com a experiência européia, v., entre outros, PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Coimbra: Almedina, 1997. Referindo-se ao plano internacional, lembrem-se – dentre outros no âmbito da doutrina pátria que já vem se ocupando do tema - as relevantes contribuições de MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, assim como PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. Mais recentemente, comentando a nova Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, apontou-se para a dupla dimensão formal e material das posições jurídicas ali consagradas, notadamente quando a Carta alcançar sua plena vinculatividade. Neste sentido, o ponto de vista de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Compreensão Jurídico-Política da Carta". In: RÍQUITO, Ana Luísa et al. *Carta de Direitos Fundamentais da União Européia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. 11.

⁶ O fato de os três pilares da fundamentalidade formal terem sido amplamente reconhecidos (até mesmo por consagrados expressamente pelo Constituinte), não significa, por óbvio, que não se faça presente acirrada controvérsia a respeito de aspectos relevantes vinculados aos mesmos, tal como revela a discussão em torno da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos sociais na sua dimensão prestacional, a vinculação direta dos

Apesar da distinção apontada, calcada basicamente naquilo que Pérez Luño denominou de critério da “concreção positiva”⁷, verifica-se não haver incompatibilidade (pelo menos não com base no critério adotado) entre ambas as categorias (direitos humanos e fundamentais), do que dá conta justamente a incorporação ao direito interno, inclusive com hierarquia constitucional, em muitos casos, dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos ou mesmo a tendência revelada por expressivo número de constituições modernas, seja no sentido de agasalhar em seu texto expressamente os direitos que vem sendo reconhecidos no plano internacional, seja pela previsão de uma cláusula geral de abertura aos direitos garantidos no direito internacional convencional.⁸ O direito à moradia é justamente uma prova inquestionável deste processo, já que se cuida, também entre nós, simultaneamente de direito humano (reconhecido e protegido na esfera internacional) e fundamental (constitucionalmente assegurado). Como isto acaba por gerar importantes conseqüências até mesmo na esfera da eficácia e efetividade, ainda teremos oportunidade de verificar neste estudo.

3. O contexto: globalização, exclusão social e a crise do Estado democrático (e social) de Direito e dos direitos fundamentais

Ainda que se pudesse reduzir a presente abordagem à esfera estritamente dogmática (jurídico-positiva) – o que, por si só (especialmente em se cuidando de uma perspectiva dogmática assumidamente não isenta de compromisso com a dimensão axiológica e principiológica dos direitos fundamentais e do Direito), não seria um defeito, mas sim, uma perspectiva indispensável de análise - julgamos oportuno tecer algumas considerações, ainda que sumárias, a respeito do contexto no qual se insere a problemática jurídica da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, com especial atenção para os direitos sociais. Tal já restaria justificado, em se considerando que um dos principais argumentos contrários ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais (aspecto que aqui não iremos desenvolver) encontra seu fundamento na dependência destes direitos da realidade sócio-econômica e, acima de tudo, da sempre limitada capacidade prestacional do poder público.

Sem que se vá, por ora, adentrar o mérito da discussão em torno da possível eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais sociais, limitaremos-nos, neste segmento, a apontar alguns efeitos da globalização econômica sobre o Estado democrático (e social) de Direito e, de modo particular, sobre os direitos fundamentais, cientes, todavia, de que a globalização (e suas diversas formas de manifestação) é apenas um dos elementos (embora de longe um dos mais significativos) que marcam o contexto no qual hoje se insere a problemática dos direitos fundamentais,

particulares e o alcance das assim denominadas “cláusulas pétreas” (que, para alguns, não abrangem os direitos sociais), apenas para mencionar alguns dos pontos mais polemizados.

⁷ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 46-47.

⁸ Neste sentido já nos havíamos posicionado no nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 35, onde, de resto, a questão terminológica e conceitual restou bem mais desenvolvida.

ombreado em importância talvez apenas com os crescentes níveis de exclusão social (por sua vez também creditada - em boa parte - aos efeitos negativos da globalização), tudo contribuindo para uma ampla crise do Estado, do Direito e dos Direitos Fundamentais.

Já por estas razões cumpre que se tome a sério a advertência que nos faz Gomes Canotilho ao referir que “o Direito Constitucional, a Constituição, o Sistema de Poderes e o sistema jurídico dos direitos fundamentais já não são o que eram”,⁹ o que nos remete a uma série de questionamentos, inclusive sobre o papel a ser desempenhado hoje pelo Estado, pela Constituição e pelos direitos fundamentais. Dada a amplitude e relevância destas questões, contentar-nos-emos aqui em apontar alguns dos efeitos da globalização sobre o Estado democrático e social de Direito, na tentativa de identificar e situar minimamente, neste contexto, a cada vez mais aguda crise de efetividade e identidade da Constituição e dos direitos fundamentais. Por outro lado, mesmo que não se possa refutar a existência da referida crise, não há como negligenciar que a nossa Constituição – ainda que não sejam poucos a investir furiosamente contra isto – consagrou (pelo menos na esfera jurídico-positiva) um Estado democrático (necessariamente comprometido com a justiça social) de Direito¹⁰ e um significativo elenco de direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações), que abrange um extenso rol de direitos sociais.

Na medida em que – por conta da política e da economia do “Estado mínimo” propalado pelo assim designado “consenso neoliberal”¹¹ - aumenta o enfraquecimento do Estado democrático de Direito (necessariamente um Estado “amigo” dos direitos fundamentais) e que esta fragilização do Estado e do Direito tem sido acompanhada por um incremento assustador dos níveis de poder social e econômico exercidos pelos grandes atores do cenário econômico, que justamente buscam desvencilhar-se das amarras do poder estatal, coloca-se a indagação a respeito de quem poderá, com efetividade, proteger o cidadão e – no plano internacional – as sociedades economicamente menos desenvolvidas. Neste sentido, insere-se a aguda observação de Ferrajoli, alertando para a crise vivenciada pelos sistemas democráticos, identificando o surgimento daquilo que denomina de “empresas-partido” e “empresas-governo”, já que as privatizações e a crescente desregulamentação tem tido como seqüela um aumento da confusão entre os interesses do governo e os interesses privados dos agentes econômicos, por sua vez, cada vez mais entrincheirados no próprio Estado (governo), e que

⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Sobre o Tom e o Dom dos Direitos Fundamentais. *Revista Consulex* 45: 38, set. de 2000.

¹⁰ Aqui – ainda que se reconheça a existência de argumentos significativos apontando para outra classificação do que a adotada pelos ilustres autores – vale lembrar a lição de STRECK, Lênio Luiz & MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 83 e seguintes, destacando a dimensão necessariamente comprometida com a justiça social do Estado democrático de Direito.

¹¹ Sobre a crise da democracia e as suas relações com o “consenso de Washington”, v. especialmente SANTOS, Boaventura Souza. *Reinventar a Democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998, p. 17-19.

estão capitaneando o processo de flexibilização e, por vezes, de quase aniquilamento de boa parte das conquistas sociais.¹²

Colocada em risco a democracia e enfraquecido o papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais e as instituições democráticas¹³, a própria noção de cidadania como direito a ter direitos¹⁴ encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de “fascismo societal”.¹⁵ Para além disso, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia. Como bem lembrou Friedrich Müller, em instigante palestra proferida em Porto Alegre, exclusão social e democracia (esta considerada na sua dimensão material) são categorias incompatíveis entre si: a primeira leva inexoravelmente à ausência da segunda.¹⁶

Neste mesmo contexto, há que deixar registrada a observação de José Eduardo Faria, para quem os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral – resultantes da opressão socioeconômica – acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo ser considerados como verdadeiros “sujeitos de direito”, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.¹⁷ Assim, percebe-se que a redução do Estado, que, de há muito – especialmente sob a forma de Estado democrático (e social) de Direito – transitou do papel de “vilão” (no sentido de principal inimigo da liberdade individual) para uma função de protetor dos direitos dos cidadãos,¹⁸ nem sempre significa um aumento da

¹² Cf. FERRAJOLI, Luigi. *El Estado Constitucional de Derecho Hoy: el Modelo y su Divergência de la Realidad*, p. 16 e seguintes.

¹³ Cumpre registrar, neste sentido, a advertência de FARIA, José Eduardo. “Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica”. In: FARIA, José Eduardo, (Org.). *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 127 e seguintes, em instigante ensaio sobre o tema.

¹⁴ Cf. a noção cunhada por Hannah Ahrendt, recolhida e divulgada, entre nós, por LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, especialmente p. 146 e seguintes.

¹⁵ Cf. SANTOS, Boaventura Souza, *op. cit.*, p. 23 e seguintes, dentre as diversas manifestações desta nova e perversa forma de fascismo, típica dos países tidos como periféricos ou em desenvolvimento, assume especial relevância a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do “apartheid social”), de tal sorte que a “cartografia urbana” passa a ser caracterizada por uma divisão em zonas ‘civilizadas’, onde as pessoas – ainda – vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em “zonas selvagens”, caracterizadas por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto de manutenção da ordem e proteção das “zonas civilizadas”, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente a ordem jurídica democrática, o que, por sua vez, leva à afirmação – também a expressão cunhada por Boaventura Santos - do fenômeno do “fascismo do Estado paralelo”.

¹⁶ Com efeito, para MÜLLER, Friedrich. Que Grau de Exclusão Social ainda pode ser tolerado por um Sistema Democrático?. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura. Edição Especial – Outubro 2000, especialmente p. 45 e seguintes, desenvolve a idéia de que a exclusão social acelerada e aprofundada pela globalização econômica, revela-se incompatível com um sistema democrático que efetivamente venha a merecer esta designação.

¹⁷ Cf. FARIA, José Eduardo, *Democracia e Governabilidade...*, cit., p. 145-146.

¹⁸ Neste sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 344 e seguintes, que, ao retratar a evolução do Estado liberal de matriz

liberdade e fortalecimento da democracia. Com efeito, no âmbito da globalização econômica e da afirmação do ideário neoliberal, verifica-se que a diminuição do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e redução gradativa da intervenção estatal no domínio econômico e social, tem ocasionado, paralelamente ao enfraquecimento da soberania externa e interna dos Estados nacionais (ainda que com intensidade variável e mais acentuada na esfera dos países periféricos), um fortalecimento do poder econômico, notadamente na dimensão supranacional.¹⁹

Que os fenômenos ligeiramente enunciados têm contribuído, entre outros, para uma crise da sociedade, do Estado, do Direito e da cidadania, já constitui lugar comum. Que daí tenha resultado também uma ampla crise na esfera dos direitos fundamentais, igualmente parece dispensar maiores comentários e tem sido largamente alardeado. Sem que se pretenda aqui aprofundar a discussão, nem mesmo rastrear todas as causas e “sintomas” desta crise, verifica-se, contudo, que o aumento da opressão socioeconômica, vinculado a menor ou maior intensidade do “fascismo societal” em um determinado Estado, tem gerado reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, inclusive nos países tidos como desenvolvidos. Dentre estes reflexos, cumpre destacar: a) a intensificação do processo de exclusão da cidadania, notadamente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e subemprego²⁰; b) redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, pelo menos, a “flexibilização” dos direitos dos trabalhadores;²¹ c) ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais ou inoficiais capazes de controlar o processo, resolvendo litígios dele oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da

burguesa para o assim denominado Estado Social, destaca que com este modelo de Estado “o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança...”.

¹⁹ Cf. a lição, entre outros, de GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados Nacionais diante do Processo de Globalização. In: GADELHA, Regina M. F. (Org.). *Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais*. São Paulo: EDUC, 1997, p. 80 e seguintes, que, no entanto, sustenta a manutenção do papel de destaque do Estado nacional, muito embora com contornos diversos e mais atenuados.

²⁰ A este respeito, v. também FARIA, José Eduardo, *Democracia e Governabilidade...*, cit., p. 143 e seguintes.

²¹ É em face da erosão crescente dos direitos sociais, econômicos e culturais, agregada ao aumento da pobreza e dos níveis de desemprego estrutural, que Boaventura Souza SANTOS fala na transição – para os integrantes das classes despossuídas – de um “estatuto da cidadania” para um estatuto de “lumpencidadania”, isto é, para uma “cidadania de trapos”, em se fazendo uma tradução literal do alemão (*op. cit.*, p. 19). A respeito deste fenômeno v. ainda – dentre outros – AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, especialmente p. 96 e seguintes (versando a respeito das consequências da globalização e do ideário neoliberal em geral), assim como, mais recentemente, SARMENTO, Daniel. “Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético-Jurídicos ao Realinhamento Constitucional”. *Revista de Direito Administrativo* nº 223: 154-155, 2001, destacando que, no âmbito do quadro de desemprego, diminui e, por vezes, desaparece o poder de barganha dos trabalhadores e de seus sindicatos, contribuindo para o processo de flexibilização dos direitos trabalhistas.

falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal.²²

Esta assim denominada crise dos direitos fundamentais, ao menos na sua feição atual, a despeito de ser aparentemente mais aguda no âmbito dos direitos sociais (em função da redução da capacidade prestacional dos Estados, para citar o aspecto mais candente) é, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), além de não poder ser atribuída – o que parece elementar, mas convém seja frisado – apenas ao fenômeno da globalização econômica ou mesmo ao crescimento da pobreza. Basta, para ilustrar tal assertiva, apontar para o impacto da tecnologia sobre a intimidade das pessoas, no âmbito da sociedade informatizada, bem como sobre o meio ambiente, assim como no que diz com o desenvolvimento da ciência genética, demonstrando que até mesmo o progresso científico pode, em princípio, colocar também em risco direitos fundamentais da pessoa humana.

Para além disso, cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade prestacional dos Estados, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações.

Oportuno que se consigne, ainda, que a crise dos direitos fundamentais não se restringe mais a uma crise de efetividade, mas alcança inclusive a esfera do próprio reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais numa sociedade genuinamente democrática. Sem que se possa aqui desenvolver este aspecto, constata-se, com efeito, uma crescente descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos a partir da compreensível ótica da massa de excluídos, ou passam a ser encarados como verdadeiros 'privilégios' de certos grupos (basta apontar para a oposição entre os "sem-terra" e os "com terra", os "sem-teto" e os "com teto", bem como os "com-saúde" e os "com-educação" e os que aos mesmos não têm acesso). Da mesma forma, chama a atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais variados segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração pelos mais elementares garantias da ampla defesa e do devido processo legal, do apoio à redução da idade penal para os adolescentes, tudo revelando que cada vez menos se toma a sério os direitos

²² Neste sentido, v. também FARIA, José Eduardo. "Direitos Humanos e Globalização Econômica: Notas para uma Discussão". *O Mundo da Saúde* 22: 74, 1998, alertando para a perda de uma parte significativa da jurisdição por parte do direito positivo e das instituições oficiais, em face do policentrismo que caracteriza a economia globalizada, gerando, para além disso, um avanço de formas inoficiais ou não-oficiais de resolução dos conflitos, de tal sorte que se coloca a indagação de como os direitos fundamentais podem ser assegurados de forma eficiente pelo poder público quando este é relativizado pelo fenômeno da globalização, no âmbito do qual a política (ao menos tendencialmente, poderíamos acrescentar) perde para o mercado seu papel de instância privilegiada de deliberação e decisão.

fundamentais.²³ Que tal fenômeno – e nisso provavelmente reside a maior ameaça – abre as portas para a manipulação e toda a sorte de medidas arbitrárias e erosivas do Estado democrático de Direito, ainda que sob o pretexto de serem indispensáveis para a segurança social, parece evidente e reclama medidas urgentes.

Esquemáticamente esboçado o contorno, não há, portanto, como negligenciar o quanto o direito à moradia encontra-se inserido neste contexto e pelo mesmo é agudamente influenciado. Que a discussão em torno da sua eficácia jurídica e social não pode passar ao largo das questões enunciadas, notadamente no que diz com a capacidade de implementação por parte do poder público e os limites da atuação judicial no que diz com a efetivação deste direito, ainda será objeto de referência. Em verdade, uma breve visita à periferia das grandes cidades brasileiras, já bastaria para revelar – de modo bem mais contundente do que uma pletera de dados estatísticos - o quanto também o direito à moradia (e a referência aos “sem-teto” não constitui mero acaso) já “nasce” – em se considerando a sua incorporação expressa ao texto constitucional – marcado pela crise de efetividade, identidade e confiança que assola os direitos fundamentais.

4. Moradia como Direito Fundamental da Pessoa Humana

4.1. Algumas notas a respeito da evolução do reconhecimento de um direito (fundamental) à moradia no plano internacional e constitucional

Se partirmos do critério do reconhecimento expresso pela ordem jurídica positiva de um direito fundamental à moradia, deixando, portanto, de lado manifestações no plano da legislação infraconstitucional e até mesmo outros direitos fundamentais conexos, especialmente a função social da propriedade, já consagrada pelas primeiras Constituições do Estado social de Direito ou dos Estados socialistas (já bastaria lembrar aqui as Constituições do México e da Alemanha [Constituição de Weimar], respectivamente, de 1917 e 1919), verifica-se ter sido na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), onde, pela primeira vez, restou consignado o reconhecimento, pela ordem internacional, dos assim denominados direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia. Com efeito, de acordo com o artigo XXV (1) da Declaração:

"todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso

²³ Apenas para citar exemplo recente ilustrando este fenômeno, chama-se a atenção para as diversas manifestações veiculadas em importante jornal local (Zero Hora), oriundas de cidadãos de todas as classes sociais, idades e ramos de atividade, apoiando publicamente a execução sumária, possivelmente (segundo apontam os noticiários) por integrantes da Brigada Militar, de supostos autores do homicídio de uma policial militar, ou, pelo menos, de notícias censurando o fato de os suspeitos da execução estarem sendo investigados e processados.

de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle."

A partir do citado dispositivo, já no âmbito do direito internacional convencional, o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e documentos internacionais, destacando-se, seja pela sua precedência cronológica, seja pela sua relevância, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, também ratificado e incorporado ao direito interno brasileiro, onde, no artigo 11, consta que "os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida."

Para além de outros tratados internacionais, de cunho universal (isto é, não regional), onde houve menção expressa a um direito à moradia²⁴, verifica-se que no plano das convenções de caráter regional, houve maior timidez ou cautela, já que nem a Convenção Européia dos Direitos Humanos (1950) nem a Carta Social Européia (1961) reconhecem expressamente um direito à moradia, não obstante a referência, nos artigos 16 e 19 da Carta Social, à moradia no âmbito da proteção dos trabalhadores estrangeiros (imigrantes) e do direito da família à proteção social e legal. Também a Carta da Comunidade Européia sobre Direitos Fundamentais Sociais (1989) refere apenas a necessidade de medidas positivas para a proteção e integração de pessoas portadoras de deficiência, incluindo a moradia. Todavia, importa referir – em que pese a negativa, em princípio, de uma obrigação dos Estados de assegurarem uma moradia aos cidadãos - o reconhecimento da função social da propriedade e até mesmo de certas dimensões (no caso, de caráter eminentemente defensivo) de um direito à moradia pela Comissão Européia de Direitos Humanos e dos Tribunais Europeus (Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e Tribunal Europeu de Direitos Humanos) em alguns de seus julgados envolvendo despejos e desapossamentos.²⁵

²⁴ Aqui lembramos, entre outros instrumentos internacionais, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1969), cujo art. 5º assegura, sem discriminação por motivos de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, entre outros direitos, o direito à moradia. Em termos semelhantes, também as Convenções Internacionais sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), a Convenção Internacional sobre os direitos das crianças (1989), bem como a Convenção sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes (1990), contém dispositivos reconhecendo um direito à moradia, com alguma variação no que diz com dimensões específicas deste direito.

²⁵ Assim, por exemplo, costuma ser referido uma disputa envolvendo o Chipre e a Turquia (1976), versando sobre a evicção de cipriotas gregos, imputada à Turquia, ocasião na qual a Comissão Européia teve as evicções como constituindo uma violação do direito à proteção da moradia. No caso Mellacher e outros contra a Áustria (1989), julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos, foi reconhecida a possibilidade de controle da legislação nacional a respeito de locações, inclusive estabelecendo restrições aos direitos do proprietário (cf. referências feitas por SACHAR, Rajindar, *The Right to Adequate Housing: The Realization of Economic, Social and Cultural Rights*, relatório apresentado em junho de 1993, à Comissão de Direitos Humanos da ONU, acessado pela Internet pelo seguinte endereço: <http://www.undp.org/um/habitat/rights/s2-93-15.html>, p. 22-23)

Por derradeiro, a nova Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, aprovada no Conselho Europeu de Nice, França, em 07 de dezembro de 2000, mas ainda destituída da força vinculativa dos demais tratados referidos, contém referência expressa à dimensão social dos direitos fundamentais, prevendo o direito de acesso às prestações de segurança social e assistência social, inclusive no que diz com um auxílio para a habitação, com o objetivo de assegurar uma existência condigna aos necessitados (art. 34), além da previsão de um direito à proteção da saúde (art. 35), apenas para citar os exemplos mais relevantes.²⁶

De modo geral, todavia, convém sinalar, há quem registre uma tendência à exclusão de um direito geral à moradia (não restrito a certas parcelas da sociedade ou grupos de pessoas, tais como deficientes, crianças, refugiados, etc) na esfera dos documentos regionais, como também dão conta os exemplos da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e o Protocolo Adicional da Convenção Americana de Direitos Humanos (Protocolo de São Salvador).²⁷

Ainda no plano internacional, pela sua relevância especial para o reconhecimento e proteção do direito à moradia, inclusive pela sua influência no que diz com a fundamentação de uma inserção deste direito na nossa própria ordem jurídica, na condição de direito fundamental social, cumpre citar os documentos oriundos de duas grandes conferências promovidas pela ONU sobre a problemática dos assentamentos humanos, respectivamente em 1976 (Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I) e em 1996, em Istambul, Turquia, da qual resultou a assim designada Agenda Habitat II, tido como o mais completo documento na matéria, do qual também o Brasil é signatário.

Já por ocasião da Declaração de Vancouver (1976) restou assegurado que a moradia adequada constitui um direito básico da pessoa humana. Por ocasião da Agenda Habitat II (Declaração de Istambul, de 1996), além de reafirmado o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva, com remissão expressa aos pactos internacionais anteriores (art. 13), houve minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão do direito à moradia (art. 43) bem como das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários para a sua realização, que voltarão a ser objeto de referência.

Traçado este breve panorama no que diz com o reconhecimento e proteção na esfera do direito internacional geral e convencional, e deixando de lado os relevantes aspectos ligados à sua força vinculante, eficácia e efetividade, voltamo-nos agora para o direito constitucional estrangeiro, limitando-nos, quanto a este ponto, a consignar a notícia de que atualmente bem mais de cinquenta Constituições reconhecem expressamente um direito

²⁶ Para um primeiro contato com o texto da nova Carta Européia, sugere-se a leitura de recente obra coletiva da autoria de RÍQUITO, Ana Luísa *et. al.* *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, já citada.

²⁷ Cf. LECKIE, Scott. "The Right to Housing". In: EIDE, Asbjorn, KRAUSE, Catarina & ROSAS, Allan (Ed.). *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 109 e 116-120.

fundamental à moradia²⁸, revelando aqui uma tendência aparentemente mais progressista e afinada com os paradigmas internacionais colocados pela ONU, do que a manifestada no plano dos documentos regionais, tal como já referido, muito embora também aqui (no que diz com o direito constitucional) possam ser apontados alguns retrocessos, especialmente quando se tomar como parâmetro não apenas a mera previsão formal no texto das Constituições, mas sim, o nível de efetividade do direito à moradia, assim como dos direitos sociais em geral, circunstância que dispensa, por ora, maiores comentários.

No direito constitucional pátrio, em que pese ter sido o direito à moradia incorporado ao texto da nossa Constituição vigente (art. 6º) – na condição de direito fundamental social expresso – apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, constata-se que, consoante já referido no voto da Deputada Federal Almerinda Carvalho, relatora do PEC nº 60/98, na Constituição de 1988 já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos,²⁹ seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 24, inc. IX), seja quando no artigo 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional do usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional.

Para além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade.³⁰ Neste contexto, vale lembrar exemplo garimpado do direito comparado, designadamente da jurisprudência francesa, de onde extraímos importante aresto do Conselho Constitucional (Decisão nº 94-359, de 19.01.95),

²⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 109 e seguintes, muito embora os dados não estejam atualizados, considerando a data da publicação do trabalho (1995).

²⁹ Referência ao voto da relatora do Projeto de Emenda Constitucional, citado na pesquisa feita por SALTZ, Alexandre. *O Novo Direito Social à Moradia na Constituição de 1988: Significado, Conteúdo, Eficácia e Efetividade*, trabalho de conclusão (não publicado) da disciplina "Constituição e Direitos Fundamentais", que integra a estrutura curricular do Mestrado em direito da PUC/RS, ministrada pelo autor do presente ensaio.

³⁰ Sobre este ponto, remetemos ao nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97 e seguintes. No âmbito da jurisprudência pátria, já se registravam decisões anteriores a Emenda nº 26, reconhecendo, de certa forma, um direito implícito à moradia (habitação) com base no estreito vínculo com a dignidade da pessoa. Apenas a título exemplificativo, vai aqui referida a ementa do Acórdão proferido em 19.08.99 pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 213422, tendo como Relator o Ministro José Delgado.

reconhecendo que a possibilidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente constitui um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, isto mesmo sem que houvesse previsão expressa na ordem constitucional.³¹

Por outro lado, por força do art. 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição, tendo em conta ser o Brasil signatário dos principais tratados internacionais em matéria de direitos humanos, notadamente (e isto por si só já bastaria) do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, já formalmente incorporado ao direito interno, e partindo-se da premissa largamente difundida pela melhor doutrina (embora ainda não incontroversa e, de resto, repudiada pelo nosso Supremo Tribunal Federal) da hierarquia constitucional destes tratados,³² poder-se-á sustentar que o direito à moradia já era até mesmo expressamente consagrado na nossa ordem interna, pelo menos na condição de materialmente fundamental.

De qualquer modo, com a recente inclusão no rol dos direitos fundamentais sociais, a possível controvérsia quanto ao reconhecimento inequívoco no plano constitucional de um direito à moradia resta superada. Se o direito à moradia, pelos motivos já apontados, não chega a ser propriamente um “novo direito” na nossa ordem jurídico-constitucional, por certo a sua expressa positivação lhe imprime uma especial significação, além de colocar novas dimensões e perspectivas no que diz com a sua eficácia e efetividade, pressupondo-se, à evidência, uma concepção de Constituição que, mesmo reconhecendo – com Luís Roberto Barroso – que o direito (e também o direito constitucional) não deve normatizar o inalcançável³³ – nem por isso deixa de outorgar aos preceitos constitucionais, notadamente os definidores de direitos e garantias fundamentais, de acordo com suas peculiaridades, sua máxima força normativa.

4.2. Fundamentação e conteúdo do direito à moradia

4.2.1. Fundamentação: direito à moradia, vida e dignidade da pessoa

Ainda que estejamos convictos de que nem todos os direitos e garantias fundamentais expressamente anunciados no elenco do Título II de nossa Constituição encontram seu fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana e que, de qualquer modo, diversa a intensidade deste vínculo entre dignidade e direitos fundamentais, já que distinto o âmbito de

³¹ Cf. Decisão nº 94-359, de 19.01.95, onde, todavia – para ser preciso - não se encontra uma referência expressa e direta a um direito fundamental à moradia, mas sim, o reconhecimento de que a possibilidade de dispor de um alojamento decente constitui um objetivo de valor constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana (“la possibilite pour toute personne de disposer d’un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle”).

³² Cf., paradigmaticamente, entre outros, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., especialmente p. 73 e seguintes, assim como, mais recentemente, MELLO, Celso Albuquerque. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1 e seguintes.

³³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 47, em magnífico e referencial estudo sobre o tema.

proteção de cada direito em espécie, não poderíamos, por outro lado, deixar de reconhecer que é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento primeiro e principal e, de modo particular, o alicerce de um conceito material dos direitos fundamentais.³⁴

Que também os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (isto é, atuando como direitos positivos), constituem – pelo menos em boa parte - exigência e concretização da dignidade da pessoa humana, nos parece inquestionável. Com efeito, o reconhecimento jurídico-constitucional da liberdade de greve e de associação e organização sindical, jornada de trabalho razoável, direito ao repouso, bem como as proibições de discriminação nas relações trabalhistas (apenas para citarmos os exemplos mais comuns) foi o resultado das reivindicações das classes trabalhadoras em face do alto grau de opressão e degradação que caracterizava, de modo geral, as relações entre capital e trabalho, não raras vezes resultando em condições de vida e trabalho manifestamente indignas, situação que, de resto, ainda não foi superada em expressivo número de Estados. Em verdade, cuida-se - em boa parte - de direitos fundamentais de liberdade e igualdade outorgados ao trabalhadores com o intuito de assegurar-lhes um espaço de autonomia pessoal não mais em face do Estado, mas especialmente dos assim denominados poderes sociais³⁵. Os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade.³⁶

³⁴ V. por todos, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 79 e seguintes. Confira-se também o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, cit., p. 81-82.

³⁵ Sobre o conceito e a classificação dos direitos fundamentais sociais, v. o nosso *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1997, especialmente p. 140 e seguintes.

³⁶ Cf. dentre outros, HÖFLING, Wolfram. "Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz". In: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996, p. 109-110. assim como MAUNZ, Theodor & ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 29ª ed. München: C.H. Beck, 1994, p. 182. Na França, a íntima ligação entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa encontra-se referida por PAVIA, Marie-Luce. "Le Principe de Dignité de la Personne Humaine: un Nouveau Principe Constitutionnel". In: CABRILLAC, Rémy, ROCHEFRISON, Marie-Aenne & REVET, Thierry. *Droits et Libertés Fondamenteaux*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1997, p. 109-110, valendo-se do exemplo de um direito fundamental à moradia, a partir do reconhecimento da moradia como objetivo e valor de matriz constitucional pelo Conselho Constitucional. Também na Bélgica, sustenta-se que o direito a uma existência com dignidade implica o reconhecimento de um direito aos meios de subsistência mínimos, especialmente no âmbito da assistência social. Neste sentido, v. DELPÉRÉE, Francis. "O Direito à Dignidade Humana". In: BARROS, Sérgio R. & ZILVETI, Fernando A. (Coord.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 156 e seguintes. Assim também, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., v. 4, p. 186 (ao menos é o que se infere da referência a diversos direitos sociais). Entre nós, e mais recentemente, NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. "O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana". *Revista de Direito Administrativo* 219: 247, 2000, advoga, com amparo na dignidade da pessoa humana, um direito a uma existência material mínima.

Neste contexto, vale reiterar aqui a lembrança de que o ponto de conexão entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais, reside justamente no respeito pela e proteção da dignidade da pessoa humana, já que, de acordo com Rosenfeld, "onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão sendo violados"³⁷. Importa neste aqui consignado, que a intensidade da vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais é diretamente proporcional em relação à importância destes para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época.³⁸

Tendo em conta que no caso do direito à moradia a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna, parece-nos dispensável, dadas as proporções deste estudo, avançar ainda mais na sua fundamentação. Aliás, provavelmente é ao direito à moradia - bem mais do que ao direito de propriedade - que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar - numa tradução livre - que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*)³⁹. Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Não é por outra razão que o direito à moradia tem sido, também entre nós - e de modo incensurável - incluído no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida⁴⁰. Nesta quadra, o direito à moradia, de acordo com a lição de José Reinaldo de Lima Lopes, inclui o direito de ocupar um lugar no espaço, assim como o direito

³⁷ Apud CORDEN, Anne & DUFFY, Katherin. "Human Dignity and Social Exclusion". In: SYKES, Rob & ALCOCK, Pete (Org.). *Developments in European Social Policy – Convergence and Diversity*. Bristol: The Policy Press, 1998, p. 110.

³⁸ Cf. a oportuna menção de MODERNE, Frank. "La Dignité de la Personne Comme Principe Constitutionnel dans les Constitutions Portugaise et Française". In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, v. 1, p. 220.

³⁹ Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, v. 7, p. 102.

⁴⁰ Cf. CUNHA, Sérgio Sérulo da. "Direito à Moradia". *Revista de Informação Legislativa* 127: 49, 1995. Também VIANA, Rui Geraldo Camargo. "O Direito à Moradia". *Revista de Direito Privado*, abril/junho 2000, p. 9, destaca a vinculação do direito à moradia com o direito à vida e uma existência digna. Registre-se, ainda quanto a este ponto, que também pelo prisma do direito internacional, o que decorre inclusive de previsão expressa do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o direito à moradia, assim como o direito à alimentação, integra o direito à um adequado padrão de vida. Neste sentido, dentre tantos, CRAVEN, Matthew. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – A Perspective on its Development*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 330.

às condições que tornam este espaço um local de moradia, de tal sorte que morar, na acepção do ilustre doutrinador, constitui um existencial humano.⁴¹

Mesmo dentre os que, pelo menos em princípio e estribados em relevantes argumentos, questionam a própria fundamentalidade dos direitos sociais (e aqui – em face dos estreitos limites deste estudo – não pretendemos adentrar o mérito desta relevante e estimulante discussão) há quem admita o caráter fundamental de um direito à moradia, designadamente naquilo em que integra um direito às condições mínimas para uma existência humana digna, destacando-se, entre nós, o valoroso magistério de Ricardo Lobo Torres.⁴²

De qualquer modo, a despeito de seguirmos sustentando que, na ordem constitucional pátria, todos os direitos sociais – pelo menos os elencados no Título II da nossa Carta Magna – são fundamentais⁴³, também estamos convictos que a intensidade da vinculação com o direito à vida e uma vida com dignidade assume papel de destaque no âmbito dos problemas ligados à eficácia, efetividade e proteção destes direitos fundamentais – o que, por seu turno, nos remete invariavelmente a uma necessária hierarquização (ou ponderação, se assim preferirmos) de bens e interesses - aspecto com o qual voltaremos a nos ocupar também neste estudo.

4.2.2. Conteúdo do direito à moradia

Voltando-nos agora mais especificamente para a questão do conteúdo do direito fundamental à moradia, deparamos-nos possivelmente com um dos mais angustiantes e complexos problemas que o tema suscita e que, de certa forma, é comum aos assim designados direitos sociais, notadamente quando examinados pelo prisma da sua condição de direitos a prestações, já que da definição de qual o seu conteúdo (ou objeto, se assim preferimos),

⁴¹ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. "Cidadania e Propriedade: Perspectiva Histórica do Direito à Moradia". *Revista de Direito Alternativo*, 1993, p. 121, igualmente, em importante ensaio, sinalando a direta conexão do direito à moradia com o direito à vida (p. 133).

⁴² Cf. TORRES, Ricardo Lobo. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais". *Revista de Direito Administrativo* 177: 29, 1989, que, em paradigmático e pioneiro estudo sobre o mínimo existencial, destaca que este carece de um conteúdo específico, já que pode abranger qualquer direito, ainda que não originariamente fundamental, desde que considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não obstante neste primeiro estudo o ilustre doutrinador Fluminense não tenha feito menção expressa ao direito à moradia como exemplo de direito fundamental, tal veio a ocorrer, recentemente, em outro texto de crucial relevância para a discussão da problemática dos direitos fundamentais, admitindo, que no concernente aos indigentes e às pessoas sem-teto à moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória até mesmo a sua prestação pelo Estado (cf. TORRES, Ricardo Lobo. "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos". In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 289).

⁴³ Em síntese, fundamos nosso entendimento na circunstância de que todos as posições jurídicas elencadas no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais) são fundamentais num sentido formal (e de acordo com este critério o atributo da fundamentalidade parece inquestionável) e material, ainda que em virtude de uma necessária presunção de sua fundamentalidade material, mesmo que esta – e isto se admite em diversos casos – possa ser questionada, notadamente pelo critério de sua indispensabilidade para a dignidade da pessoa. De qualquer modo, não havendo como aprofundar aqui a discussão, remetemos ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., e, para uma visão da respeitável posição divergente, à fecunda obra do Prof. RICARDO LOBO TORRES, já referida, dentre outras que aqui poderiam ser citadas.

decorrem importantes conseqüências até mesmo no que diz com a alocação de recursos materiais e humanos para a sua efetiva realização.

Iniciando a abordagem do ponto de vista terminológico, andou bem o o nosso legislador constitucional⁴⁴ ao referir o direito à moradia de forma genérica, desacompanhado de qualquer adjetivo. Com efeito, tendo em conta a previsão, na esfera dos tratados internacionais, de um direito à moradia adequada (como ocorre no Pacto Internacional de 1966) ou mesmo de um direito a uma moradia decente, como dispõe a Constituição da Bélgica, não nos parece, especialmente á luz da nossa atual Carta Magna, que um direito à moradia possa, em qualquer hipótese, ser interpretado como um direito a uma moradia não adequada ou, pior ainda, não decente. Uma moradia minimamente compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana, à evidência, sempre deverá ser adequada e decente. De qualquer modo, cuidando-se certamente de aspecto de menor relevância, convém levar em consideração que a adjetivação tem o mérito inquestionável de afastar interpretações demasiadamente restritivas, que possam vir a reduzir excessivamente o objeto do direito à moradia ou (o que dá no mesmo) deixá-lo na completa dependência do legislador infraconstitucional.

Na definição do conteúdo do direito à moradia, cumpre, ainda em caráter preliminar, distingui-lo do direito de propriedade (e do direito à propriedade). Muito embora a evidência de que a propriedade possa servir também de moradia ao seu titular e que, para além disso, a moradia acaba, por disposição constitucional expressa – e em determinadas circunstâncias - assumindo a condição de pressuposto para a aquisição do domínio (como no caso do usucapião especial constitucional), atuando, ainda, como elemento indicativo da aplicação da função social da propriedade, o direito à moradia – convém frisá-lo - é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios.

Ademais, em se tomando como referencial o critério da fundamentalidade substancial (material) e, nesta quadra, a conexão com o direito a uma existência digna, o direito à moradia poderá assumir, em diversas situações, posição preferencial em relação ao direito de propriedade, no mínimo para justificar uma série de restrições a este direito, que, de resto – e de acordo com previsão constitucional expressa – encontra-se limitado pela sua função social, de tal sorte que, já há algum tempo – expressiva doutrina sustenta que apenas a propriedade socialmente útil (isto é, que cumpre sua função social) é constitucionalmente tutelada.⁴⁵ Aliás, basta aqui lembrar a

⁴⁴ Aqui acompanha-se a distinção que já havia sido traçada por Carl Schmitt, entre Poder Constituinte (*Verfassungsgeber*) e Legislador Constituinte (*Verfassungsgesetzgeber*)

⁴⁵ Entre nós, vale lembrar a lição do saudoso Professor e Desembargador Gaúcho RUY RUBEN RUSCHEL (*Direito Público em Tempos de Crise...*, cit., p. 145-155), alertando para a necessidade de uma releitura (à luz da Constituição e do princípio da função social da posse da propriedade) do art. 524 do Código Civil e da própria definição de posse, sustentando a necessidade do uso e gozo do bem secundum beneficium societatis. Também adotando esta linha de entendimento, convém lembrar, entre outros, os preciosos ensinamentos de FACHIN, Luiz Edson. "Novas Limitações ao Direito de Propriedade: do Espaço Privado à Função Social". *Revista de Direito da Universidade de Santa Catarina* 11: 33-46, 1999; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, assim como ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, todos convergindo no sentido de uma

evidência de que mesmo sem a propriedade sobre um bem imóvel a pessoa, por si só, não estará necessariamente privada de uma vida digna, o que, por outro lado, inevitavelmente ocorrerá em não dispor de uma moradia com padrões compatíveis com uma vida saudável. Por outro lado, já se apontou – com acuidade e sensibilidade – para uma noção de propriedade conectada com as exigências de uma vida digna, isto é, de uma propriedade tutelada na medida em que cumpre precisamente uma função existencial e não meramente patrimonial.⁴⁶ Tal enfoque, em verdade, acaba por remeter-nos à discussão em torno da própria fundamentalidade do direito de propriedade, que, visto sob prisma eminentemente patrimonial, poderia ser – como há quem sugira – considerado fundamental em sentido apenas formal,⁴⁷ temática esta que, a despeito de sua relevância, desborda por completo dos limites estreitos deste texto.

Considerando o silêncio da nossa Constituição no que diz com a definição mínima de um conteúdo para o direito à moradia, assumem lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporados ao direito interno. Estes, naquilo em que versam sobre direitos fundamentais da pessoa humana, possuem hierarquia constitucional, na condição de direitos fundamentais em sentido material, integrando aquilo que se costuma também denominar – com inspiração na tradição jurídico-constitucional francesa – de bloco de constitucionalidade. Assim, em face da sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana, verifica-se, desde logo, que, na interpretação do conteúdo de um direito à moradia, há que considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, nos termos das exigências postas pela Organização Mundial da Saúde, no sentido de um completo bem-estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita a mera existência e sobrevivência física.⁴⁸

necessária interpretação dos institutos jurídicos sobre a posse e propriedade à luz da Constituição, da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais.

⁴⁶ Neste sentido, merece destaque a recente e notável contribuição de FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁷ A respeito de uma possível distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, v. a interessante contribuição de FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Madrid: Ed. Trotta, 1999, p. 45-50. Desde logo, para não quedarmos omissos, destacamos que – compreendida pela perspectiva de seu conteúdo socialmente útil e de sua possível dimensão existencial – a propriedade constitui direito fundamental na sua dupla vertente formal e material, não apresentando necessariamente caráter exclusivamente patrimonial. De qualquer modo, dada a ausência de hierarquia formal entre as normas constitucionais e tendo em conta a conhecida e prestigiada tese (basta aqui lembrar a abalizada lição de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., v. 2, de que em favor das normas constitucionais em sentido formal milita uma presunção de sejam materialmente constitucionais), eventual decisão em prol da relativização da propriedade, deverá ocorrer mediante uma cuidadosa ponderação de bens e levar em conta a maior ou menor conexão da propriedade com outros valores essenciais, notadamente, com a dignidade da pessoa humana.

⁴⁸ Tal entendimento mostra-se coerente com a conceituação da dignidade da pessoa humana por nós apresentada em trabalho anterior, sustentando que a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais

É precisamente esta diretriz que parece ter norteado a determinação do conteúdo do direito à moradia no plano de sua proteção internacional, e que deverá também iluminar as autoridades legislativas, executivas e judiciárias nacionais. Se a nossa própria Constituição foi omissa neste passo, nada impede - pelo contrário, tudo impõe (inclusive a nossa Carta Magna) -, que se faça o uso da normativa internacional também nesta esfera. Justamente neste contexto, buscando estabelecer padrões internacionais, a Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais identificou uma série de elementos básicos a serem atendidos em termos de um direito à moradia:⁴⁹

- a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem.
- b) Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc).
- c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.
- d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.
- e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.
- f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais.
- g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.

Tais diretrizes, importa frisar, revelam de modo emblemático aquilo que já havia sido anunciado, no sentido de que um direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um “teto sobre a cabeça” ou “espaço físico” para viver, pressupondo a observância de critérios qualitativos mínimos⁵⁰. Que a implementação dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica internacional reclama, por outro lado, uma exegese afinada com

mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (Cf. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*..., cit., p. 60).

⁴⁹ Tal como disposto no parágrafo 8º do Comentário-Geral nº 4 a respeito de um direito à moradia adequada editado pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. A síntese ora efetuada foi extraída do relatório elaborado por SACHAR, Rajindar, *op. cit.*, p. 17-18.

⁵⁰ A respeito destes critérios qualitativos, destacando, em síntese, os elementos já referidos, v. também as ponderações de MATTHEW CRAVEN, *op. cit.*, p. 344 e seguintes.

as peculiaridades de cada País e região (já que é na realidade concreta de quem mora e onde mora que se pode aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna), por sua vez, constitui premissa igualmente já destacada. Também por esta razão, a despeito da necessidade de padrões mínimos referenciais de caráter até mesmo supranacional, é no contexto regional e local que se poderá melhor avaliar a manifestação concreta destes critérios e as condições para o seu atendimento, o que evidencia o acerto do nosso legislador, quando da edição da Lei nº 10.257/2001, não apenas no que diz com a terminologia adotada (Estatuto da Cidade), mas especialmente ao optar pelo estabelecimento de algumas diretrizes e regras de âmbito nacional, privilegiando, contudo, a esfera regional e, particularmente, a local.

Para além da existência de uma gama de diretrizes internacionalmente estabelecidas, caberá aos órgãos estatais, notadamente – mas não exclusivamente – ao Legislador, a tarefa de estabelecer os contornos mais precisos de um direito à moradia e dos meios para a sua implementação, sempre lembrando sua vinculação aos tratados internacionais sobre o tema, e, acima de tudo (e sem que se possa questionar seriamente tal ponto) aos demais preceitos da nossa Constituição, especialmente no que diz com o direito a uma vida com dignidade.

4.2.3. O direito à moradia: complexo de direitos (e deveres)⁵¹ de cunho negativo e positivo

Como bem evidencia o elenco de diretrizes estabelecido pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, ao direito à moradia também se aplica a noção, hoje já largamente difundida e que aqui vai adotada como pressuposto teórico deste estudo, no sentido de que texto (dispositivo), norma e direitos constituem dimensões conexas mas não se confundem, de tal sorte que determinado dispositivo da Constituição poderá conter mais de uma norma e, por sua vez, estas poderão assegurar posições jurídicas (direitos e deveres) de diversa natureza, podendo haver até mesmo norma sem texto que lhe seja diretamente correspondente⁵².

Assim, sem que aqui se vá aprofundar este aspecto, importa ter presente que também o direito à moradia abrange um complexo de posições jurídicas, isto é, de direitos e de deveres que, seguindo a prestigiada fórmula

⁵¹ No presente trabalho não cuidaremos da dimensão específica dos assim denominados deveres fundamentais, mas, por outro lado, não poderíamos deixar de referir a existência, paralela e conexa ao reconhecimento de direitos fundamentais, de um complexo de deveres por parte dos destinatários e dos próprios titulares dos direitos. A respeito da teoria geral dos deveres fundamentais, v. em língua portuguesa, especialmente NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 18-181.

⁵² Neste sentido, ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1997, p. 47 e seguintes (especialmente p. 62 e seguintes). Entre nós, notadamente no que diz com a distinção entre texto e norma, vale lembrar o contributo de GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 164 e seguintes. Mais recentemente e no mesmo sentido, com referência expressa ao pensamento de Eros Grau, v. também STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 16, nota de rodapé n 2.

de Alexy, assumem a condição negativa (defensiva) e positiva (prestacional).⁵³ Em outras palavras, sustentaremos aqui o ponto de vista de que o direito à moradia exerce simultaneamente a função de direito de defesa e direito a prestações, incluindo tanto prestações de cunho normativo, quanto material (fático) e, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, na condição de destinatários deste direito, muito embora se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação e das conseqüências jurídicas possíveis de serem extraídas a partir de cada manifestação do direito à moradia, questões sobre as quais voltaremos a nos manifestar, mesmo que sumariamente.

Importa consignar, ainda, que não desconhecemos a relativamente recente e, entre nós, cada vez mais prestigiada tese de Holmes e Sunstein, sustentando que todos os direitos são também sempre positivos, indiciando uma superação da já clássica distinção traçada entre direitos negativos (ou direitos de defesa) e direitos positivos (direitos a prestações).⁵⁴ Mesmo assim, se de fato parece inglória a tentativa de sustentar uma dicotomia entre os direitos negativos e positivos, calcada estritamente no critério da sua relevância econômica⁵⁵, seguimos convictos de que a relação entre os direitos de cunho defensivo (negativos) e os de caráter prestacional (positivo), pode – a despeito da por nós também reconhecida indivisibilidade dos direitos fundamentais, de todas as gerações (ou dimensões) – ser traduzida como revelando uma espécie de dualismo relativo, caracterizada essencialmente por uma diferença de objeto e função entre ambos os grupos de direitos fundamentais.⁵⁶

Com efeito, ninguém irá questionar seriamente (tomando apenas este aspecto para ilustrar o ponto) a impossibilidade de qualquer Juiz – uma vez presentes os pressupostos para tanto – deixar de conceder uma ordem de *habeas corpus* ou recusar-se a assegurar o direitos à vida, propriedade e privacidade contra uma violação, pelo simples fato de não haver uma estrutura adequada disponível ou com base no argumento de que o Estado não dispõe de recursos suficientes para garantir estes direitos. Não são poucos os que, todavia, se

⁵³ Sobre a classificação adotada, v. especialmente a fundamentação de ROBERT ALEXY, *op. cit.*, p. 419 e seguintes, posição da qual comungamos e que nos parece plenamente conciliável com o direito constitucional positivo pátrio. Para tanto, remetemos ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 156 e seguintes. Enunciando – e fundamentando com consistência – uma concepção alternativa (mais atrelada à tradicional classificação de Jellinek, atualmente sustentada, entre outros, por Vieira de Andrade e, entre nós, por Edilson Pereira de Farias) v. a bela contribuição de MELLO, Cláudio Ari. "Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito". *Revista de Direito Administrativo* 224: 242, 2001.

⁵⁴ Cf. HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999, especialmente p. 35-48, partindo da premissa de que mesmo para a garantia (efetivação) das liberdades e dos direitos de propriedade e vida, torna-se indispensável a alocação de recursos para disponibilizar todo um aparato estatal (Juizes, policiais, etc) que possam assegurar que os direitos reconhecidos pela Constituição sejam tornados efetivos, de tal sorte que também os direitos tido como negativos impliquem custos.

⁵⁵ Nesta direção a advertência de AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 71.

⁵⁶ Consoante já havíamos anunciado em estudo anterior, a relação entre os direitos negativos (de defesa) e prestacionais não obedece a uma dialética do antagonismo, mas sim, a uma dialética da recíproca complementação. Neste sentido, v. o nosso *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*, cit., p. 151.

voltam contra o reconhecimento, pelo Poder Judiciário e na ausência de lei, de direitos subjetivos a prestações materiais contra o Estado.⁵⁷ Assim, sem que aqui se vá adentrar o mérito desta discussão, verifica-se, desde logo, que a distinção traçada entre direitos de defesa e direitos a prestações (em suma, entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais) segue tendo relevância prática.

A título de maior clareza, dentre outras questões que a concepção de Holmes e Sunstein coloca em relevo, não há como desconsiderar a circunstância de que a realização de todos os direitos fundamentais (isto é, a sua efetividade ou eficácia social), não se encontra na dependência apenas de uma decisão judicial, do reconhecimento de sua eficácia jurídica ou mesmo de sua condição defensiva ou prestacional. Para além disso, tal entendimento demonstra inequivocamente a íntima e indissociável vinculação entre os diversos direitos fundamentais e que os direitos sociais, designadamente os de cunho prestacional, foram objeto de gradativo reconhecimento pela ordem jurídica justamente para viabilizar a implementação da igualdade e liberdade material (em suma, para assegurar a efetiva fruição das liberdades fundamentais e de uma vida com dignidade para todos), assumindo a feição – tal qual consignou Jorge Miranda – de direitos à libertação da opressão social e da necessidade.⁵⁸

Independentemente de toda uma gama de aspectos que aqui poderiam ser versados, importa que firmemos a nossa posição no sentido de que os direitos fundamentais podem exercer – inclusive simultaneamente - uma função defensiva ou prestacional. Assim, por exemplo, o direito à saúde será direito negativo quando se cuida de afastar (direito de defesa) eventuais condutas que venham a violar a saúde das pessoas, mas será direito a prestações (isto é, direito positivo) quando se estiver a considerar um direito de acesso aos serviços e bens na área da saúde. O mesmo, sem dúvida, como se verá com mais clareza logo adiante, ocorre com o direito à moradia e outros direitos fundamentais. Isto, contudo, não altera o fato (nem as conseqüências que disso se pode e deve extrair) de que na sua condição de direito de defesa o direito à saúde (ou mesmo os direitos à educação e moradia) é direito negativo e que na sua condição (isto é, quando este for o seu objeto) de direito a prestações, o direito à saúde será direito de cunho positivo.⁵⁹ Não esqueçamos a noção já referida, de que num mesmo enunciado semântico

⁵⁷ Aqui convém relembrar a distinção largamente aceita entre eficácia jurídica (como possibilidade de a norma gerar os efeitos que lhe são próprios) e eficácia social (ou efetividade) como sendo a concreta realização no plano dos fatos destes efeitos jurídicos.

⁵⁸ Cf. MIRANDA, Jorge. "Os Direitos Fundamentais – sua Dimensão Individual e Social". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 1: 201, 1992. Aproximando-se deste conceito, não obstante situado em outro contexto – encontramos a definição de WOLKMER, Antonio Carlos. "Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades". *Revista de Informação Legislativa* 122: 278, 1994, que vincula os direitos sociais à necessidade de se assegurar as condições materiais mínimas para a sobrevivência e, para além disso, para a garantia de uma existência com dignidade.

⁵⁹ Assim, neste sentido, efetivamente haverá de se reconhecer, com Holmes e Sunstein, que todos os direitos fundamentais também apresentam uma faceta positiva. Especificamente versando sobre a dimensão negativa e positiva do direito à saúde, v. SARLET, Ingo Wolfgang. "Algumas Considerações em Torno da Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988". *Revista Interesse Público* 12: 91-107, 2001.

(texto) podemos encontrar mais de uma norma assegurando direitos fundamentais distintos. Também neste contexto, convém não olvidar que, em matéria de direitos fundamentais como direitos subjetivos, em verdade o que temos é um complexo não homogêneo de posições jurídico-subjetivas fundamentais.⁶⁰

Fechado o parênteses, e partindo-se, desde logo, da premissa de que também o direito à moradia pode assumir a condição de direito de defesa (direito negativo) e direito a prestações (direito positivo), bem como para uma melhor compreensão do que representa este complexo de posições jurídicas vinculadas ao direito à moradia, igualmente vale lançar um olhar sobre a perspectiva internacional. Com efeito, também quanto a este aspecto, as normas jurídicas internacionais (mesmo para os que preferem adotar a por nós repudiada posição do Supremo Tribunal Federal) possuem - ainda que seja com hierarquia de lei ordinária - vinculatidade no direito interno, oferecendo importante referencial para a interpretação e concretização do direito (melhor seria falar dos direitos) à moradia no plano nacional.

Apenas para ilustrar a questão, vale lembrar que, além da obrigação dos Estados no sentido de reconhecer, respeitar e proteger o direito à moradia (elementos que sinalizam prioritariamente - mas não exclusivamente - uma perspectiva negativa), de acordo com o artigo 2.1 do Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais (1966), os Estados signatários estão obrigados a, desde logo, implementar medidas, utilizando-se do máximo dos recursos disponíveis, com o intento de alcançar de modo progressivo a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto, mediante todos os meios apropriados, incluindo especialmente medidas de ordem legislativa, do que por si só já transparece a referida dimensão positiva (prestacional) do direito à moradia. Para além disso, na esteira do que vem entendendo o Comitê da ONU, a adoção de medidas legislativas, por si só não esgota as obrigações dos Estados signatários do Pacto, impondo-se também o desenvolvimento de políticas concretas e a fixação de prioridades, a partir da relevância dos diversos direitos fundamentais sociais. Por outro lado, em que pese a exigência de uma implementação gradativa, já que inexigível uma solução imediata para o problema da efetivação dos direitos sociais, devem ser destinados recursos materiais pelo menos para a sua realização num patamar mínimo.⁶¹

Sem que se vá aqui examinar de modo mais detalhado cada obrigação a ser assumida pelos Estados na esfera internacional, o que se verifica, desde logo, é que tais compromissos apenas enrobustecem a constatação de que o direito à moradia apresenta uma face defensiva e prestacional, implicando um feixe complexo, conexo e diversificado de posições jurídicas fundamentais, com notas distintas até mesmo no âmbito interno da classificação em direitos negativos e prestacionais. É este precisamente o mote do próximo segmento, quando analisaremos, ainda que de modo resumido, algumas das principais manifestações do direito à moradia, no que diz com a

⁶⁰ Sobre o tema, vale conferir sobretudo a lição de ROBERT ALEXY, *op. cit.*, p. 173-245.

⁶¹ Para uma visão panorâmica sobre as diversas obrigações gerais e específicas atribuídas aos Estados pelo Comitê da ONU, no âmbito da proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, com ênfase no direito à moradia, v. o relatório de SACHAR, Rajindar, *op. cit.*, especialmente p. 10-16.

sua já anunciada dupla função defensiva e prestacional, pelo prisma da sua possível eficácia e efetividade.

4.3. Algumas manifestações concretas de uma eficácia e efetividade possíveis do direito à moradia na sua dupla perspectiva defensiva e prestacional

4.3.1. Significado e alcance da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais

Pela sua crucial relevância para um adequado manejo das questões ligadas à eficácia e efetividade⁶² do direito fundamental à moradia, não há como deixar, ainda que sumariamente, de abordar o problema do alcance e significado da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, cujo texto dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A previsão desta norma no título dos direitos fundamentais tem sido atribuída à influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte⁶³, bem como ao anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”, que, no seu art. 10, continha preceito semelhante, ao dispor que “os direitos e garantias desta Constituição têm aplicação imediata.” Constata-se, desde logo, que a doutrina pátria (a exemplo do que ocorre no direito comparado) ainda não alcançou um estágio de consensualidade no que concerne ao alcance e significado do preceito em exame, que passou a integrar a pauta dos temas mais polêmicos de nosso direito constitucional.

Como questão preliminar a ser superada, impõe-se o exame da abrangência material da norma, isto é, se aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo), ou se restrita aos direitos individuais e coletivos do art. 5º da nossa Constituição. Em que pese a localização topográfica do dispositivo, que poderia sugerir uma exegese restritiva, o fato é que, mesmo sob o ponto de vista da mera literalidade (o preceito referido é claro ao mencionar “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”), não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição, nem mesmo aos assim denominados direitos individuais e coletivos.

⁶² Para efeito deste ensaio, adotamos a já clássica distinção – entre nós consagrada por José Afonso da Silva - entre eficácia jurídica (ou simplesmente eficácia), considerada esta como a possibilidade de na norma jurídica gerar os efeitos que lhe são próprios, e a efetividade (ou eficácia social) como sendo a realização concreta destes efeitos no plano dos fatos. Para um maior desenvolvimento deste ponto, v. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

⁶³ Esta a lição, dentre outros, de RUSCHEL, Ruy Ruben. "A Eficácia dos Direitos Sociais". *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul* 58: 294-295, 1993. Neste contexto, vale citar o art. 18/1 da Constituição Portuguesa de 1976, o art. 332 da Constituição do Uruguai, o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha e o art. 53.1 da Constituição Espanhola de 1978.

Mesmo que não nos queiramos contentar com este argumento, entendemos que uma interpretação teleológica e sistemática acabará por conduzir aos mesmos resultados. Em primeiro lugar, o nosso Constituinte – ao contrário da Constituição Portuguesa – não traçou nenhuma distinção expressa entre os direitos de liberdade e os direitos sociais de cunho prestacional. Convém lembrar, que mesmo no capítulo dos direitos sociais encontramos – como já demonstrado – direitos de natureza defensiva (negativa), não se justificando que pelo menos estes, assim como ocorre com os direitos políticos, venham a ser excluídos do âmbito de aplicação da norma.⁶⁴

Do exposto – ainda que não tenhamos esgotado o tema – entendemos que há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina,⁶⁵ a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto de nossa Lei Fundamental, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da nossa Carta Magna.

Superado este aspecto, cumpre enfrentar o tormentoso problema do significado do art. 5º, § 1º, para as diversas categorias de direitos fundamentais, registrando-se que as diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas,⁶⁶ de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.⁶⁷

Como ponto de partida para a formulação de uma posição pessoal, cumpre observar que, mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restritiva da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição, reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no

⁶⁴ Apenas para adiantar a questão, vale frisar que, ao sustentarmos a aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais, estamos nos referindo à possibilidade de todas as normas encontrarem – na medida de sua eficácia – alguma aplicação direta, sem necessidade de intermediação legislativa. Convém lembrar, neste sentido, o fato de que expressiva doutrina reconhece que mesmo normas de cunho inequivocamente programático podem gerar a inconstitucionalidade de normas em sentido contrário ou servirem de parâmetro para a interpretação conforme a Constituição. Bastariam, portanto, estes singelos exemplos, para demonstrar que inexistente norma constitucional destituída de aplicabilidade direta.

⁶⁵ Neste sentido, por exemplo, PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 90.

⁶⁶ Esta a posição de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais". *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 29: 35, 1988, um dos mais ilustres representantes desta corrente.

⁶⁷ Neste sentido posicionam-se, entre outros, GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 322 e seguintes, e RUSCHEL, Ruy Ruben, *op. cit.*, p. 294 e seguintes.

texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os mesmos “permaneçam letra morta na Constituição.”⁶⁸ Soma-se a esta constatação o fato de que, de acordo com a melhor doutrina, inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, sendo possível falar de uma graduação da carga eficaz das normas (de todas) da Constituição,⁶⁹ o que, de outra parte, não afasta a existência de distinções entre as normas constitucionais no que diz com a forma de sua positivação no texto constitucional, assim como uma diversidade de efeitos jurídicos decorrentes deste fenômeno, razão pela qual foram formuladas diversas teorias propondo uma classificação das normas constitucionais de acordo com o critério de sua eficácia e aplicabilidade.

Assim, cumpre reconhecer que, mesmo no âmbito das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, encontram-se algumas normas que a doutrina majoritária entre nós convencionou denominar de normas de eficácia limitada, as quais não teriam condições de gerar a plenitude de seus efeitos sem a intervenção do Legislador.⁷⁰ Bastaria, neste contexto, atentar para os exemplos do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal (“O Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor”) e do art. 7º, inc. XI, (participação dos empregados nos resultados ou lucros da empresa). Aliás, mesmo para os autores considerados mais ousados e avançados na matéria, não haveria como – sem uma atuação do Legislador – conceder ao indivíduo um direito subjetivo individual à fruição da participação nos lucros ou resultado da empresa.⁷¹

Consoante já frisado alhures, os direitos fundamentais podem cumprir, também em nossa ordem constitucional (pressupondo-se que se cuida de dimensões conexas e não reciprocamente excludentes), a função de direitos de defesa e de direitos a prestações, distinção que conduz à existência de algumas diferenças essenciais entre ambas as categorias de direitos fundamentais, especialmente entre os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional. Estes, por seu turno, assumem habitualmente a feição, no que diz com a sua técnica de positivação e eficácia, de normas carentes de concretização legislativa, o que, de outra parte, não lhes retira pelo menos um certo grau de eficácia direta e aplicabilidade imediata. Assim, verifica-se que a norma contida no art. 5º, § 1º, ainda que aplicável a todos os direitos fundamentais, não o poderá ser da mesma forma, aspecto que será oportunamente retomado.

Com base no exposto, e partindo da premissa que não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no

⁶⁸ Assim, por exemplo, leciona FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *A Aplicação Imediata...*, cit., p. 38.

⁶⁹ Esta a lição de DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 104.

⁷⁰ Neste sentido, v. TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 317 e seguintes; SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 73 e 86 e seguintes; assim como, mais recentemente, em excelente estudo sobre as normas programáticas, FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas – Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, especialmente p. 101 e seguintes.

⁷¹ Este o entendimento, por exemplo, de BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 107-108.

art. 5º, § 1º, da nossa Lei Fundamental, constata-se, desde logo, a necessidade de não subestimarmos (nem superestimarmos) o significado e alcance desta norma. Que este preceito se aplica tão-somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas da Constituição, constitui, por si só, conclusão que assume particular relevância. Com efeito, em hipótese alguma o significado do art. 5º, § 1º, poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre as normas de direitos fundamentais e as demais normas constitucionais,⁷² o que, além disso, implicaria um esvaziamento significativo da fundamentalidade na sua perspectiva formal e, num certo sentido, também material.

Neste contexto, sustentou-se corretamente que a norma contida no art. 5º, § 1º, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.⁷³ Além disso, há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tem por finalidade tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, (...) investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.”⁷⁴ Deste sentido, aproxima-se a lição de Eros Roberto Grau, ao sustentar que o Poder Judiciário, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto, encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente estas normas, assegurando-lhes sua plena eficácia.⁷⁵

De tudo o que até agora foi exposto e levando-se em conta tanto as possíveis distinções entre os direitos fundamentais na sua dimensão defensiva (negativa) e prestacional (positiva), assim como a evidência de que mesmo no âmbito dos direitos fundamentais poderemos encontrar (como, de resto, ocorre no nosso direito constitucional positivo) normas de cunho eminentemente programático (ou impositivo, como sustenta Gomes Canotilho),⁷⁶ somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotilho e entre nós adotado por Flávia Piovesan, como já

⁷² Cf., entre outros, PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. "A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos, Liberdades e Garantias". *Documentação e Direito Comparado* 33/34: 480, 1988.

⁷³ Esta a lição de PIOVESAN, Flávia. "Constituição e Transformação Social: a Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas e a Concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais". *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 37: 73, 1992.

⁷⁴ Assim também PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas...*, cit., p. 92.

⁷⁵ Cf. GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 312 e seguintes.

⁷⁶ Basta, novamente, referir o exemplo da “proteção do consumidor na forma da lei”, cujo conteúdo programático resta inequívoco, ainda que se trate de dispositivo constante no rol dos direitos individuais e coletivos.

ressaltado.⁷⁷ Percebe-se, portanto, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma das diferenças essenciais entre estas e as normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o “quantum” em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto.⁷⁸

Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e plena eficácia (e efetividade) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa na outorga da plenitude eficaz (que não implica a negativa de eficácia – e, portanto de efeitos - e aplicabilidade) a determinada norma de direito fundamental, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada, à luz do caso concreto e da norma em exame.⁷⁹ Cuida-se, em verdade, de operação eminentemente hermenêutica, já que, em última análise, caberá ao intérprete a tarefa, considerando os limites mínimos do texto e da razoabilidade, aferir qual a eficácia possível a ser imprimida às normas constitucionais. De como se poderá imprimir operatividade ao princípio (fundamental) da imediata aplicabilidade e plena eficácia (jurídica e social) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, notadamente no que concerne às dimensões negativa e positiva do direito à moradia, é tarefa a que nos dedicaremos, ainda que sumariamente, no item que segue.

Importante é que tenhamos presente que também para o art. 5º, § 1º, da nossa Constituição e o direito fundamental à moradia, vale a advertência de Laurence Tribe, no sentido de que as cláusulas constitucionais não devem ser tratadas como um espelho, no qual todos enxergam o que desejam ver.⁸⁰ Como o direito à moradia poderá ter sua eficácia e efetividade maximizada, irá depender de qual a manifestação deste direito, em suma, de qual seja o tipo de direito à moradia (negativo ou positivo) que estiver em causa e, acima de tudo, de uma exegese prudente e constitucionalmente adequada.

4.3.2. O direito à moradia na condição de direito de defesa

No âmbito da assim denominada dimensão negativa ou daquilo que para muitos é tida como a função defensiva dos direitos fundamentais,

⁷⁷ Outra não é a lição, na Alemanha, de HESSE, Konrad, “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland”. In: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1978, p. 433), para quem o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental embasa tanto o entendimento de que os direitos fundamentais não se encontram à disposição dos órgãos estatais, quanto impõe a estes a obrigação positiva de fazer tudo o que for necessário à realização dos direitos fundamentais.

⁷⁸ A respeito da distinção entre princípios e regras constitucionais v., por todos, especialmente ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 81 e seguintes.

⁷⁹ Neste sentido, v. PATTO, Pedro M.G.V., *op. cit.*, p. 484 e seguintes, assim como DÜRIG, Günter. “Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 1 bis 3 GG”. In: MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1994, v. 1, p. 43.

⁸⁰ Cf. TRIBE, Laurence & DORF, Michael. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 7.

verifica-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de agressões de terceiros. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida violadora do direito à moradia é passível de ser impugnada em Juízo, seja na esfera do controle difuso e incidental, seja por meio do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou mesmo por intermédio dos instrumentos processuais específicos disponibilizados pela ordem jurídica. É precisamente esta a dimensão – a função defensiva do direito à moradia – a que se referem as diretrizes internacionais acima mencionadas, quando utilizam os termos “respeitar” e “proteger”.⁸¹

No que diz com o significado do art. 5, § 1º, da Constituição Federal, para os direitos de defesa (negativos), estes, por reclamarem (em princípio) uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, virtualmente não costumam ter sua plenitude eficaz e, portanto, sua imediata aplicabilidade questionada seriamente. Na medida em que se dirigem a um comportamento em geral omissivo, exigindo o respeito e a não ingerência na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental, não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos de prestações fáticas ou normativas por parte do destinatário.⁸² Além disso, a aplicabilidade imediata e plena eficácia destes direitos encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, de modo geral, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já se sustentava no bojo da clássica teoria das normas auto-executáveis.⁸³ Justamente na esfera dos direitos de defesa, é possível afirmar que a norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Carta Magna, tem por objetivo precípuo oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade integral em Juízo.⁸⁴

Nesta linha de entendimento, vale a pena consignar o ensinamento de Vieira de Andrade, para quem, em se cuidando de direitos, liberdades e garantias (direitos de defesa, em última análise) e em ocorrendo a falta ou insuficiência de lei, “o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui, incluídos o dever dos Juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e

⁸¹ Fica o registro de que o dever de proteção do Estado, para além da imposição de um dever de respeito e não-violação (dimensão negativa propriamente dita) abrange a necessidade de praticar atos concretos no sentido de alcançar uma proteção minimamente eficaz do direito à moradia, que, por sua vez, pode ocorrer pela edição de atos normativos ou mesmo outros atos concretos destinados a salvaguardar a moradia (direitos a prestações normativas e fáticas), aspecto este que será considerado logo a seguir e que diz com a dimensão prestacional (positiva).

⁸² Esta a lição de BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 105, ressaltando que estes direitos, de matriz liberal-burguesa, têm a seu favor a própria lei da inércia.

⁸³ V. o entendimento de BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, v. 2, 1934, p. 483 e seguintes.

⁸⁴ Cf. a lição de MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...*, cit., v. 4, p. 277, quando refere a imediata invocabilidade das normas exequíveis por si mesmas.

a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.”⁸⁵ Ainda que existam, na esfera dos direitos de defesa, normas vagas e abertas, estas podem ter seu conteúdo definido pelo recurso às regras hermenêuticas, não havendo, portanto, necessidade de remeter esta função para o legislador.⁸⁶

As diretrizes fixadas, evidentemente alcançam boa parcela dos direitos sociais consagrados na nossa Constituição, notadamente todos os que exercem uma função precipuamente defensiva (diretos negativos, portanto), ou mesmo quando se cuidar de direitos que em princípio são tidos como prestacionais, mas que igualmente revelam uma dimensão negativa, o que restará amplamente demonstrado logo a seguir à luz do exemplo do direito à moradia aqui versado. Quanto a estes direitos sociais (isto é, a dimensão negativa dos direitos sociais), já se sustentou, entre nós, que desencadeiam sua plenitude eficaz, gerando para seu titular um direito subjetivo, isto é, situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção.⁸⁷ Sintetizando, podemos afirmar que, em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito. Reitere-se, neste contexto, que inexistente qualquer razão para não fazer prevalecer o postulado contido no art. 5º, § 1º, da Constituição, já que não se aplicam a estas hipóteses (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos a prestações, especialmente os da ausência ou insuficiência de recursos ou mesmo a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação.⁸⁸

Os direitos de defesa constituem, em princípio, direito subjetivo individual, enquadrando-se, de acordo com a concepção desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello naquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, para tanto (como também refere Luís R. Barroso), uma atitude abstencionista por parte do destinatário da norma.⁸⁹ Por evidente que, para além de uma posição jurídico-subjetiva (que, consoante bem demonstrou Alexy pode manifestar-se de formas diferenciadas)⁹⁰, as normas constitucionais definidoras de direitos de defesa podem gerar uma série de outros efeitos,

⁸⁵ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *op. cit.*, p. 256-257.

⁸⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 257.

⁸⁷ É o que advoga BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 106, referindo-se ao direito de greve (art. 9º, da CF).

⁸⁸ Tal entendimento segue sustentável, ainda que se reconheça, na esteira de Holmes e Sunstein, que todos os direitos possuem uma dimensão positiva, já que, consoante já referido, na dimensão negativa (ou seja, quando os direitos fundamentais estiverem sendo considerados como direitos de defesa) inexistem obstáculos ao reconhecimento imediato de posições subjetivas pelos órgãos do Poder Judiciário.

⁸⁹ Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social". *Revista de Direito Público* 57/58: 242, 1981.

⁹⁰ Para ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 173 e seguintes, os direitos fundamentais defensivos, na qualidade de direitos subjetivos, agrupam-se em três categorias: a) direitos ao não-impedimento de ações por parte do titular do direito; b) direitos à não-afetação de propriedades ou situações do titular do direito; c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas.

inclusive na esfera jurídico-objetiva, efeitos que, de resto, são comuns a todas as normas de direitos fundamentais.⁹¹

Mesmo diante do exposto, não há como sustentar que o direito à moradia, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, possa ser considerado, em princípio (e mesmo na sua dimensão negativa), como sendo um direito absoluto, no sentido de completamente imune a restrições.⁹² Tal aspecto assume especial relevância quando se verifica, por exemplo (tomando por referência ingerências oriundas dos órgãos estatais), a necessidade de o poder público promover desapropriações, ainda que com inequívoca finalidade social e coletiva, que acabam gerando, além da perda do domínio para os expropriados, o desapossamento e perda da moradia, neste caso, passível de compensação quando efetivamente assegurada a justa e necessária indenização prevista na Constituição. Também a desocupação de área de proteção ambiental, estribada portanto, em outro valor constitucional fundamental, poderá levar a desapossamentos e afetar o direito à moradia não apenas de uma pessoa ou família, mas de uma coletividade inteira, sem que tais objetivos possam ser alcançados de modo arbitrário e de tal sorte a impor um sacrifício do direito à moradia dos atingidos pelas medidas. É também por esta razão que a normativa internacional (de modo especial a Agenda Habitat) e as diretrizes fixadas pelos organismos de controle, impõe aos Estados a garantia de uma segurança jurídica efetiva da posse utilizada para moradia, seja pela edição de legislação regulamentando os desapossamentos, seja pela observância do devido processo legal e assegurando uma proteção adequada contra medidas arbitrárias, entre outros aspectos a serem considerados.⁹³

Nas relações entre particulares, onde o direito à moradia, notadamente (mas não exclusivamente) na sua dimensão defensiva, também alcança eficácia e vinculatividade,⁹⁴ igualmente são comuns as situações de

⁹¹ É neste contexto, entre outros aspectos que poderiam ser citados, que a doutrina e jurisprudência germânicas passaram a reconhecer uma assim designada (e a terminologia não restou imune a críticas) eficácia irradiante dos direitos fundamentais, considerados também como elementos integrantes de uma ordem de valores objetiva, sobre o restante do ordenamento jurídico. Para uma compreensão da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, v. dentre outros, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 133 e seguintes (existe tradução de Luís Afonso Heck para a língua portuguesa: HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora).

⁹² Com efeito, o fato de estarmos diante de normas de eficácia plena, capazes de gerarem todos os seus efeitos, inclusive na esfera subjetiva, não afasta a potencial restringibilidade destes efeitos, notadamente no que diz com o exercício dos direitos subjetivos, de tal sorte que a possibilidade de sofrer restrições não se constitui, em absoluto, um "privilegio" das assim denominadas normas de eficácia contida, consagradas no direito pátrio pela obra de José Afonso da Silva.

⁹³ Cf. aponta CRAVEN, Matthew, *op. cit.*, p. 335 e seguintes, consignando que o direito à moradia inclui o direito a não ser privado arbitrariamente da moradia

⁹⁴ Aqui iremos desconsiderar a discussão a respeito de uma eficácia imediata (direta) ou mediata (indireta) do direito à moradia e dos direitos fundamentais em geral no âmbito das relações entre particulares, partindo do pressuposto de que tal eficácia ocorre, implicando uma vinculação não apenas do legislador e do Poder Judiciário na esfera cível (do direito privado), mas também uma eficácia que opera em relação aos atos dos particulares. A respeito desta temática, remetemos ao nosso "Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais". In: _____. (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto

conflito entre o direito à moradia e outros bens fundamentais salvaguardados pela Constituição, destacando-se o direito de propriedade (como pode ocorrer numa ação movida pelo locador proprietário contra o inquilino). Da mesma forma, verifica-se a ocorrência de conflitos (ou colisões, se preferimos) entre o direito à moradia de pessoas situadas em pólos opostos da demanda, por vezes ambos igualmente carentes de recursos, do que dão conta os casos – cada vez menos raros - de ações de reintegração de posse intentadas por pessoas que tiveram seu casebre edificado em “área verde” ocupado (até mesmo quando se encontravam no trabalho) por terceiros, ainda que igualmente ou até mesmo mais humildes e carentes.

Sem que se vá aqui aprofundar o ponto, importa frisar que, mesmo onde se cuida de uma relação onde podem estar em causa direitos fundamentais de titulares diversos, circunstancialmente em rota de colisão, impõe-se a difícil tarefa de, considerando o dever de proteção de todos os direitos fundamentais de todas as pessoas, analisar a viabilidade de uma restrição, que, em qualquer caso, deverá observar, no âmbito de uma necessária interpretação tópico-sistemática,⁹⁵ entre outros aspectos, a preservação do núcleo essencial de cada direito e os critérios impostos pelo princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, sempre acaba por implicar uma ponderação de bens ou interesses.⁹⁶ Em síntese, também aqui não há como fugir de uma hierarquização⁹⁷ dos valores em pauta, tarefa no contexto da qual o princípio da dignidade da pessoa humana (cuja conexão com o

Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-164. De qualquer modo, em face da amplitude e complexidade do problema da eficácia do direito à moradia na órbita jurídico-privada, aqui não faremos mais do que algumas referências, imprescindível a realização de estudo de maior envergadura.

⁹⁵ A respeito da necessária hierarquização no âmbito de uma igualmente impositiva interpretação tópico-sistemática, v. os preciosos contributos de FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 49 e seguintes, assim como, mais recentemente, PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 89 e seguintes.

⁹⁶ Sobre a temática específica das restrições (e, de modo geral, dos limites) dos direitos fundamentais (abrangendo a colisão de direitos e a problemática da ponderação de interesses) v., representando a doutrina alienígena, a lição de ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 267 e seguintes. Entre nós, já se registra a produção de farta e qualificada literatura a respeito, destacando-se, dentre outros trabalhos e restringindo-nos aqui à principal produção monográfica, as obras de STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996; SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, e, mais recentemente, SCHÄFFER, Jairo. *Direitos Fundamentais. Proteção e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁹⁷ Aqui vale registrar que no âmbito daquilo que a doutrina majoritária, especialmente na esteira de Robert Alexy, convencionou designar de ponderação de bens (ou interesses), sempre ocorre – como bem demonstrou Juarez Freitas – uma hierarquização de valores, princípios ou normas (note-se, que, ao contrário de Alexy, o notável jurista Gaúcho adota uma outra abordagem do sistema jurídico, como englobando as três categorias já referidas).

direito à moradia já restou amplamente demonstrada) assume particular relevância como critério de solução, privilegiando-se – na esteira da oportuna lição de Juarez Freitas – a opção (e, portanto, também a interpretação) mais favorável à dignidade da pessoa⁹⁸.

É nesta perspectiva também que se verifica, desde logo e independentemente da possibilidade de se assegurar um direito à prestações, o quanto em eficácia e efetividade pode ser atribuído ao direito à moradia, já na sua dimensão defensiva, o que, por si só, já bastaria para demonstrar a sua normatividade e relevância prática. Para além da já apontada necessidade de edição de medidas legislativas objetivando uma efetiva proteção da moradia, Juízes e Tribunais encontram-se igualmente vinculados diretamente pelo direito à moradia, devendo zelar, no caso concreto, pela sua máxima eficácia e efetividade, tanto quando interpretarem o direito ordinário em conformidade com as normas de direitos fundamentais, seja quando estiverem atuando estritamente no controle da constitucionalidade de eventuais restrições impostas ao direito à moradia, pelo poder público, ou no âmbito das relações entre particulares, especialmente quando estiverem em causa situações caracterizadas por uma colisão (e aqui adotamos a terminologia mais corrente) de direitos, nas quais o direito à moradia acaba sendo oposto a direito de terceiro. Não se poderá, portanto, olvidar nem minimizar a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, já existindo significativa jurisprudência – até mesmo (consoante já frisado) antes da incorporação expressa do direito à moradia ao texto constitucional – a considerar, no caso concreto, a necessidade de proteção da moradia em face de outros interesses. Bastaria aqui, a título meramente ilustrativo, referir o exemplo da impenhorabilidade do imóvel que serve de moradia para o fiador e sua família, ainda que a penhora, nestas circunstâncias, tenha sido viabilizada pelo legislador ordinário. Neste sentido, dentre outras tantas decisões que poderiam ser colacionadas, aproveitamos para citar Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, onde restou consignado que o fiador não pode perder a sua moradia em face de direitos patrimoniais do credor, notadamente quando existem outros meios para que este assegure o seu crédito.⁹⁹

Ainda no contexto da sua condição de direito de defesa, impõe-se referência à proteção do direito à moradia contra um retrocesso, isto é, contra uma supressão ou esvaziamento por parte, principalmente, do legislador.¹⁰⁰

⁹⁸ Cf. FREITAS, Juarez. "Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional". *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS* 76: 406, 1999.

⁹⁹ Cf. decisão no Agravo de Instrumento nº 70000649350, do dia 28.03.2000, 1ª Câmara Especial Cível do TJRS. Nesta mesma linha, inclusive reproduzindo trecho da decisão proferida no Agravo de Instrumento citado, situa-se o Acórdão em sede de Embargos Infringentes (Embargos nº 70.003.0178.78, 8º Grupo Cível), relatado pelo Des. Paulo Monte Lopes e julgado no dia 09.11.2001.

¹⁰⁰ Neste contexto, já se fala na existência de um princípio de vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, temática que, embora ainda não esteja suficientemente difundida e versada entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional. Dentre a literatura pátria, versando especificamente a respeito da proibição de retrocesso, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 373 e seguintes, assim como o igualmente da nossa lavra "O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a

Tomando o assim denominado princípio da proibição de retrocesso (que, em princípio, não tem o condão de afastar necessárias e legítimas restrições e adaptações no âmbito da indispensável liberdade de conformação da qual dispõe o legislador numa ordem democrática) num sentido mais amplo do que o convencional, poder-se-á sustentar (embora se cuide de aspecto reconhecidamente controverso) que o direito à moradia (notadamente pela sua estreita vinculação com o direito à vida e a dignidade da pessoa) não mais poderá ser suprimido do texto da Constituição por meio de emenda constitucional, passando a integrar o elenco dos limites materiais (ainda que na condição de limite implícito) da nossa Constituição, nem ser objeto de restrição – igualmente no bojo de uma reforma constitucional - que venha a atingir o núcleo essencial (no mínimo o conteúdo existencial) do direito à moradia, que, de resto – consoante já demonstrado – encontra proteção também em face de eventuais medidas restritivas impostas pelo poder público e no âmbito das relações entre particulares.¹⁰¹

Para além disso (e este o sentido estrito da proibição de retrocesso), encontra-se vedada a possibilidade de o legislador infraconstitucional desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio conferiu às normas constitucionais, notadamente quando se cuida de normas que, em maior ou menor escala, acabam por depender destas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade, em outras palavras, para serem aplicadas e cumpridas pelos órgãos estatais e particulares.¹⁰² Assim, parece razoável sustentar que o legislador complementar pátrio não poderia revogar integralmente ou em aspectos essenciais – sem oferecer qualquer alternativa compensatória similar – o novo “Estatuto da Cidade” (Lei nº 10.257/2001), editado mais de década após a promulgação da Constituição, já que se cuida inequivocamente de instrumento

Garantia Fundamental da Propriedade”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* 17: 111-132, 1999 (embora aqui priorizando a perspectiva alemã). Também entre nós, confira-se, ainda, o contributo de STRECK, Lenio Luís *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise...*, cit., p. 31 e seguintes. No âmbito da literatura estrangeira, v. especialmente a posição favorável (mas prudente) de CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, cit., p. 326 e seguintes, afirmando, em síntese e, no nosso sentir, com inteira razão, que “a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”

¹⁰¹ A respeito dos limites materiais à reforma constitucional e mesmo enfrentando o tema específico e controverso (dada a existência de posições antagônicas) dos direitos sociais na sua condição de ‘cláusulas pétreas’, existe farta e boa doutrina nacional. Neste sentido, remetemos para a leitura, para além do nosso a *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 353 e seguintes, onde desenvolvemos o ponto, às recentes e importantes contribuições de COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, assim como VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça – Um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹⁰² Na doutrina alienígena, notadamente de matriz germânica, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso social alcançou relevância como modo de fundamentar constitucionalmente a proteção dos direitos sociais assegurados na legislação infraconstitucional, especialmente em face da ausência de previsão expressa da figura dos direitos adquiridos e pelo fato de que na Alemanha (assim como em outras Constituições da Europa) praticamente não foram previstos direitos fundamentais sociais no plano do direito constitucional positivo. Importa, ainda, repisar – para espancar eventuais incompreensões – que comungamos do entendimento de que mesmo as normas tidas como de eficácia limitada (mas sempre com eficácia) são – nos limites da sua possível eficácia – imediatamente (isto é, diretamente) aplicáveis.

essencial para uma maior eficácia e efetividade do direito à moradia na ordem jurídica brasileira. Certo é que mesmo não se estando a tratar aqui de uma alteração da própria Constituição (num sentido formal) ainda assim estaríamos diante da hipótese de um verdadeiro golpe contra a nossa Lei Fundamental, de tal sorte que, em configurada esta hipótese, sempre se poderá impugnar, via judicial, este tipo de procedimento, invocando a sua inconstitucionalidade, cuidando-se – como bem o ressalta Gomes Canotilho – em importante conseqüência jurídico-subjetiva dos direitos sociais na sua dimensão prestacional.¹⁰³

A partir do exposto, verifica-se que a vedação (ainda que necessariamente não absoluta) de um retrocesso também na esfera legislativa, revela de modo emblemático que mesmo os direitos sociais a prestações típicos apresentam uma dimensão de natureza negativa (defensiva)¹⁰⁴ que – caso bem manejada – assume papel de destaque na sua proteção. Ao fim e ao cabo, a temática da proibição de retrocesso insere-se no contexto da possibilidade – amplamente reconhecida também entre nós – de que qualquer pessoa titular de um direito fundamental social (ainda que não regulamentado em lei) dispõe no sentido de impugnar medidas que colidam frontalmente com o direito assegurado pela Constituição ou que venham a frustrar a sua implementação, em suma, que se enquadram naquilo que significativa doutrina tem denominado (sem que se vá aqui enfrentar o mérito da questão terminológica) de direitos subjetivos em sentido negativo.¹⁰⁵

4.3.3. Dimensão prestacional (positiva) do direito à moradia

Voltando-nos agora, ainda que de forma necessariamente sumária, ao problema da eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão prestacional, não há dúvida de que a pergunta mais angustiante e provavelmente a que coloca as maiores dificuldades para uma adequada resposta, diz com a possibilidade de o titular do direito à moradia (em princípio, qualquer pessoa, em homenagem ao princípio da universalidade dos direitos fundamentais), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram este

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982, p. 374. Registre-se, por conveniente, que muito embora o próprio autor tenha revisto e até mesmo considerado como superadas boa parte das suas idéias expostas na obra ora citada (recomenda-se aqui a leitura do prefácio da segunda edição, veiculada no ano de 2001), no que diz com a proibição de retrocesso e suas conseqüências, de modo geral foram mantidos os elementos nucleares da concepção original, do que dá conta a versão mais recente da sua Teoria da Constituição, já citada mais acima.

¹⁰⁴ Neste sentido já se haviam posicionado CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 131, afirmando que os direitos a prestações sociais assumem, neste contexto, a condição de típicos direitos de defesa.

¹⁰⁵ Cf., dentre tantos, MEIRELLES TEIXEIRA, João Horácio, *op. cit.*, p. 343 e seguintes; RUSSOMANO, Rosah. ("Das Normas Constitucionais Programáticas". In: BONAVIDES, Paulo *et al.* *As Tendências Atuais do Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 281 e seguintes); SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 147 e 156 e seguintes; e, mais recentemente, na esteira de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *op. cit.*, p. 243; BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 243, todos sustentando, em síntese, o direito de o indivíduo opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição de atos que o venham atingir pessoalmente e que sejam contrários ao sentido do preceito constitucional.

direito, exigir do poder público (e eventualmente até mesmo de um particular) alguma prestação material que venha a lhe assegurar uma moradia compatível com as exigências de uma vida digna. Em síntese, coloca-se a questão de se o poder público pode (e deve) ser compelido a disponibilizar, no todo ou em parte, uma moradia para os que demonstrarem a sua falta e a impossibilidade de aquisição ou acesso por seus próprios meios.

Apenas este aspecto da problemática, pela miríade de questões conexas (jurídicas e metajurídicas) que suscita, já reclamaria bem mais do que um singelo artigo para o seu adequado enfrentamento, além de evidenciar de modo particularmente contundente a afirmativa e o questionamento recentemente formulados de modo sugestivo entre nós, no sentido de que “direitos não nascem em árvores”.¹⁰⁶ Por outro lado, verifica-se, desde logo, que este não é sequer o único problema vinculado à dimensão prestacional do direito à moradia. Tal constatação, contudo, não obstante acabe gerando ainda mais frentes a serem exploradas e outros problemas a serem resolvidos, demonstra, de modo contundente, que mesmo na sua condição de direito a prestações, o direito a moradia abrange um leque multifacetado de opções e possibilidades, inclusive no que diz com a viabilidade de sua efetivação.

Neste contexto e antes de seguirmos, convém lembrar que é justamente na sua dimensão prestacional (e em função desta) que os direitos sociais – e o direito à moradia em especial – têm sido enquadrados na categoria das normas constitucionais programáticas (ou impositivas de programas, fins e tarefas, como sugere Canotilho), posição esta que ainda parece refletir a posição dominante, notadamente no direito comparado e internacional. Tal entendimento – apenas a título ilustrativo – restou consignado, reiteradamente, pelo Tribunal Constitucional de Portugal, sustentando, na esteira do magistério de Gomes Canotilho e Vieira de Andrade, que o direito à habitação, compreendido como direito a ter uma moradia condigna, constitui um direito a prestações, cujo conteúdo não pode ser determinado ao nível das opções constitucionais e pressupõe uma tarefa de concretização e de mediação do legislador ordinário, não conferindo ao cidadão um direito imediato a uma prestação efetiva, já que não é diretamente aplicável, nem exequível por si mesmo.¹⁰⁷

Sem que aqui se possa e pretenda adentrar a instigante discussão em torno das assim denominadas normas constitucionais programáticas (ou de cunho programático),¹⁰⁸ não há como desconsiderar que o direito à moradia inequivocamente **também (mas não só)** assume, no que diz com a sua perspectiva prestacional, a condição de norma programática, impondo ao poder público a tarefa de atuar positivamente na promoção, proteção, enfim, na concretização das metas constitucionalmente

¹⁰⁶ Este justamente (*Direitos não nascem em Árvores*) o instigante título ostentado pela bela dissertação de Mestrado defendida recentemente na UERJ, sob o competente orientação de RICARDO LOBO TORRES, pelo hoje já mestre e professor FLÁVIO GALDINO, em janeiro de 2001, ainda não publicada.

¹⁰⁷ Cf. Acórdão nº 29/2000, 1ª Secção, relatado pelo Conselheiro Artur Maurício, reproduzindo, neste ponto, o que já havia sido decidido no Acórdão nº 131/1992, tido como o “leading case” do Tribunal Constitucional nesta matéria (direito à moradia como direito a prestações).

¹⁰⁸ Especificamente a respeito deste tema, lembramos a já referida e recente obra de REGINA FERRARI, *op. cit.*

estabelecidas, no sentido de assegurar uma moradia compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana para a população. Por outro lado, também é certo (pelo menos para expressiva doutrina) que os direitos sociais prestacionais – em que pese sua dimensão programática – nem por isso perdem em fundamentalidade.¹⁰⁹ Da mesma forma, importa repisar que mesmo as normas constitucionais programáticas não são destituídas de eficácia (ainda que eventualmente mais reduzida) além de serem – na medida da sua eficácia – diretamente aplicáveis, não sendo, de resto, poucos e inexpressivos os efeitos jurídicos que delas se pode extrair independentemente de uma intermediação do legislador.¹¹⁰

Retomando aqui a noção de que existe todo um leque de possibilidades, também no que diz com a eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, bem como em se partindo da premissa de que objeto dos direitos a prestações pode assumir a feição tanto de prestações fáticas (materiais) quanto normativas e que uma das principais – se não a principal – manifestação do dever de proteção do Estado (que, ao menos segundo expressiva doutrina, resulta num correspondente direito à proteção que tem como titular o particular)¹¹¹ para com os direitos fundamentais consiste na edição de medidas legislativas com o objetivo de salvaguardar, de forma efetiva, o direito fundamental ou viabilizar a sua implementação, em se cuidando de um direito a prestações materiais, verifica-se que também no concernente ao direito à moradia tais premissas encontram possível aplicação.

Assim, por exemplo, registra-se (inclusive no âmbito do direito internacional) a necessidade de uma legislação versando sobre o regime das locações residenciais que, sem desguarnecer os direitos do proprietário, impeça, de outra parte, abusos praticados em relação ao locatário, especialmente em situação de necessidade e manifesta hiposuficiência, seja pela previsão da impossibilidade de uma retomada imotivada, seja pelo controle dos preços dos alugueres e de seus reajustes, ou mesmo pela imposição de prazos razoáveis para a desocupação, dentre outros aspectos que poderiam ser mencionados e sem que se vá aqui adentrar o mérito da correção das opções legislativas atualmente vigentes entre nós nesta seara.

Já na esfera de um direito à moradia como direito de acesso a uma habitação, igualmente existe um leque amplo de possibilidades, como demonstra a criação de linhas de financiamento específicas facilitando a aquisição ou construção de residências especialmente para pessoas de baixo

¹⁰⁹ Para tanto, v. , entre outros, CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, cit., p. 444, discorrendo sobre os diversos modos de positivação dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais.

¹¹⁰ Sobre os diversos efeitos jurídicos das normas habitualmente designadas de eficácia limitada (de cunho programático e/ou impositivo de legislação e ações concretas do poder público) v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 268 e seguintes. Consigne-se, ainda neste contexto, que quando versamos sobre a dimensão negativa do direito à moradia, já se fez referência a uma série de efeitos importantes inerentes ao direito à moradia, plenamente compatíveis mesmo com sua perspectiva programática.

¹¹¹ Cf., paradigmaticamente, ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 435 e seguintes, não obstante seja objeto de ampla controvérsia a possibilidade de subjetivação nesta esfera, isto é, de se reconhecer uma dimensão jurídico-subjetiva dos direitos à proteção. Como contraponto (muito embora haja apenas parcial divergência), vale mencionar as ponderações de HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 156.

poder aquisitivo, o estabelecimento de um sistema de mutirões, ou mesmo a criação de uma rubrica específica na esfera da assistência social (como ocorre em diversos países industrializados) destinada a cobrir – em caráter temporário e em montante variável de acordo com as circunstâncias do caso concreto – despesas com habitação (pagamento de alugueres), nesta hipótese com a vantagem de que com isto estarão sendo estimulados investimentos na construção de habitações, por sua vez refletindo no incremento dos níveis de emprego e fomento da economia.¹¹²

No caso brasileiro, a facilitação da aquisição da propriedade pelo usucapião, especialmente a partir da Constituição de 1988, mediante a prova da posse exercida de forma mansa e pacífica, por um período de cinco anos, desde que demonstrada a utilização (dentre outros requisitos) do imóvel para moradia própria e da família, revela – como já lembrado alhures - que a moradia atua como fundamento da aquisição da propriedade em face de outros particulares (no caso, aquele em nome de quem está registrado o imóvel), revelando que, de certo modo, poder-se-á até mesmo (e nos parece razoável este ponto de vista) sustentar uma eficácia nas relações entre particulares da dimensão prestacional do direito à moradia.

Com a recente edição do assim designado “Estatuto da Cidade” (Lei nº 10.257/2001), o legislador pátrio certamente deu mais um passo decisivo para uma mais efetiva implementação do direito à moradia. Apenas para ilustrar tal assertiva, cremos que basta aqui a referência ao instituto do usucapião coletivo (facilitando sobremaneira a regularização dos assentamentos habitacionais urbanos irregulares e a outorga do título de propriedade aos moradores), assim como aos institutos da concessão de direito real de uso e do uso especial para fins de moradia.¹¹³

Ainda que se tenha de reconhecer que na sua condição de direito a prestações normativas (principal manifestação do dever de proteção do Estado e dos correspondentes direitos à proteção) não se poderá sustentar – mesmo à luz do princípio contido no artigo 5, parágrafo 1, da nossa Constituição, um direito subjetivo à edição de uma ato normativo (ou seja, de um direito subjetivo à legislação),¹¹⁴ os exemplos pinçados revelam – para além de todas as potencialidades normativas já referidas quando da análise da dimensão negativa – que muito já se fez e mais ainda se poderá fazer por meio de uma atuação estatal (e não estritamente no campo normativo) sinceramente empenhada na tarefa de proteger e implementar o direito à moradia, ainda que

¹¹² Ainda neste contexto, vale colacionar a solução adotada na Bélgica, onde o legislador previu a possibilidade, limitada no tempo e não sem uma devida compensação, de requisitar – com o objetivo de uma colocação provisória de pessoas desabrigadas – imóveis que se encontram vazios. A respeito deste ponto, bem como sobre a problemática em geral do direito à moradia na Bélgica, v. o contributo de FIERENS, Jacques. "Le Droit à un Logement Décent". In: ERGEC, Rusen (Dir.). *Les Droits Économiques, Sociaux et Culturels dans la Constitution*. Bruxelas: Bruylant, 1995, especialmente p. 247 e seguintes.

¹¹³ Note-se que boa parte dos institutos previstos no Estatuto da Cidade já encontravam previsão expressa no nosso ordenamento, esperando-se que a regulamentação da nova Lei e os ajustes indispensáveis para sua adequada e eficiente aplicação, seja pelo Legislador, seja pelo Executivo e pelo Judiciário, venham a corresponder às suas evidentes potencialidades.

¹¹⁴ Para além de um quase inevitavelmente frágil sistema de controle de constitucionalidade por omissão, sempre haverá como explorar os limites estabelecidos pela já referida dimensão negativa dos direitos sociais, especialmente no que diz com uma proibição de retrocesso.

não se esteja aqui a falar propriamente num direito subjetivo de acesso a uma moradia, no sentido de um direito à prestações fáticas. Este é precisamente o próximo ponto a ser versado.

Tomando-se agora o direito a moradia na sua condição de um direito a prestações materiais (fáticas) que viabilizem o acesso efetivo a uma moradia digna e desde logo cientes de que também (e compreensivelmente) os tratados internacionais que versam sobre o tema não impõe aos Estados a obrigação de disponibilizar a todos uma moradia, apenas (como de resto já frisado) determinando que sejam empreendidos esforços concretos e efetivos neste sentido, não há, todavia, como deixar de considerar, mesmo que sem o desenvolvimento desejável, a eventual possibilidade de se admitir, diretamente com base na previsão constitucional e mesmo sem uma opção legislativa neste sentido (que, ademais, não teria o condão de afastar todos os obstáculos, especialmente no que diz com a carência de recursos), um direito subjetivo a prestações fáticas, que possa ser objeto de reconhecimento pelos órgãos do Poder Judiciário

Não havendo como adentrar – em face dos estreitos limites deste estudo – os mais diferenciados aspectos que o problema suscita, sendo também inviável considerar mesmo as principais concepções e argumentos desenvolvidos a respeito na doutrina e na jurisprudência, partiremos, de imediato, para aquilo que consideramos representar uma solução que harmoniza com o espírito da norma contida no art. 5º, par. 1º, da nossa Carta Magna. Tendo em conta que não se poderá desconsiderar as distinções entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, de modo especial o fato de que estes estão condicionados, no que diz com a sua realização, pela disponibilidade de recursos e pela capacidade de deles dispor (princípio da reserva do possível, este, por sua vez, diretamente conectado com o problema da maior ou menor escassez de recursos¹¹⁵), bem como pelo princípio democrático da reserva parlamentar em matéria orçamentária, o que também afeta o princípio da separação de poderes, entendemos que a proposta de solução deverá passar necessariamente (também aqui) pela ponderação dos princípios incidentes na espécie, no âmbito de uma interpretação sistemático-hierarquizadora, tal como nos propõe o ilustre jurista e professor Juarez Freitas, em sua magnífica obra sobre a hermenêutica jurídica, já referida.¹¹⁶

É neste sentido que nos valem das lições do conhecido jusfilósofo germânico Robert Alexy, para quem, em síntese, se poderá reconhecer um direito subjetivo originário a prestações nas seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação de poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros), forem atingidos de forma relativamente diminuta. Para Alexy, tais condições se

¹¹⁵ Discutindo com oportunidade, atualidade e profundidade a questão da escassez de recursos e o papel do Direito e dos Tribunais nesta seara, v., entre nós, AMARAL, Gustavo. *op. cit.*, especialmente p. 133 e seguintes, sem que aqui estejamos esquecendo da circunstância, já referida no presente trabalho, de que os direitos negativos apresentam, num certo sentido, uma dimensão positiva (prestacional), já que no plano da sua efetivação igualmente assume relevo o problema da reserva do possível.

¹¹⁶ V. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito...*, cit., 1995.

encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, *uma moradia simples* (grifo nosso) e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde.¹¹⁷

A solução preconizada por Alexy, convém registrar, afina com a natureza principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, já que esta, impondo a otimização (maximização) da eficácia de todos os direitos fundamentais, não poderia admitir nem uma realização plena dos (e de todos) direitos sociais prestacionais, pena de sacrifício de outros princípios ou direitos fundamentais colidentes, nem a negação absoluta de direitos subjetivos a prestações, pena de sacrifício de outros bens igualmente fundamentais. Tomando como exemplo o direito à saúde, perceber-se-á, desde logo, que ao Estado não se impõe apenas o direito de respeitar a vida humana, o que poderá até mesmo implicar a vedação da pena de morte, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana (e a vida com dignidade), já que esta constitui a razão de ser da própria comunidade e do Estado, além de ser o pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental. Negar ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais, certamente não nos parece a solução mais adequada (ainda que invocáveis o princípio da reserva do possível e/ou da reserva parlamentar em matéria orçamentária). O mesmo raciocínio, assim nos parece, poderá ser aplicado no que diz com outros direitos sociais prestacionais básicos, tais como educação, assistência social e para as condições materiais mínimas para uma existência digna, no âmbito das quais seguramente ocupa lugar de destaque a moradia.

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, não obstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, também no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido.¹¹⁸ Negar-se, por exemplo, o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no art. 208, § 1º, da CF, de acordo com a qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a

¹¹⁷ Cf. ALEXY Robert. *op. cit.*, p. 494 e seguintes.

¹¹⁸ Sobre o conteúdo mínimo dos direitos sociais e sua conexão com a dignidade da pessoa humana, v. o recente e excelente aporte de BARCELLOS, Ana Paula, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, especialmente p. 247 e seguintes. Não obstante não tenha havido uma abordagem específica do direito à moradia, as considerações colacionadas, assim como os exemplos pinçados, fornecem referencial argumentativo também para o direito à moradia.

existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância¹¹⁹.

Com base no exposto, verifica-se que o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação (hierarquização) dos bens e valores em conflito. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá, em princípio, a possibilidade de reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo “prima facie”, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada.¹²⁰ Esta solução impõe-se até mesmo em homenagem à natureza eminentemente principiológica da norma contida no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, e, de modo geral, das próprias normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Nesta mesma linha de entendimento, percebe-se, ainda, que – especialmente na esfera dos direitos subjetivos a prestações – necessária uma relativização da noção de direito subjetivo, constatando-se uma inevitável

¹¹⁹ V. a este respeito o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, cit., p. 319, obra na qual analisamos com maior profundidade estes e outros exemplos, bem como as principais concepções a respeito do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações (v. p. 272-321).

¹²⁰ Sobre a noção de um direito subjetivo a prestações v. especialmente (além da obra de Alexy já referida) a magistral formulação de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a Sério os Direitos Sociais, Económicos e Culturais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, p. 25 e seguintes, que, além de direitos subjetivos definitivos e direitos subjetivos “prima facie”, admite a existência de uma terceira categoria de direitos subjetivos a prestações, sustentando (na esteira de Alexy) que há posições jurídico-prestacionais embasadas em normas impositivas de tarefas e fins estatais que geram apenas um dever não-relacional do Estado, que pode ser caracterizado como um dever objetivo “prima facie”, garantido por normas não vinculantes, como ocorre, por exemplo, com o direito ao trabalho e o correspondente dever do Estado de promover uma política de pleno emprego, sem que se possa admitir um direito do particular a um emprego. Neste contexto – muito embora não atribuindo aos direitos sociais, de modo geral, o qualificativo de fundamentais – também TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional...*, cit., p. 292 e seguintes, admite que, na esfera do mínimo existencial para uma vida com dignidade (situação que o autor reporta ao *status positivus libertatis*), os direitos a prestações podem assumir a condição de direitos subjetivos, de tal sorte que, no que nos parece essencial, tal entendimento acaba por ser substancialmente convergente com o que estamos a sustentar. Mesmo no plano da proteção internacional, cumpre registrar que a despeito do reconhecimento de que não se pode impor aos Estados que disponibilizem uma moradia digna a todos os que dela necessitarem, cuidando-se de um direito de implementação progressiva, a Comissão da ONU responsável pela controle e fiscalização do cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais exige que os Estados utilizem o máximo de recursos possíveis, não aceitando a mera evasiva de que os recursos inexistem, especialmente no que diz com a necessidade de adoção de programas viáveis de baixo custo para atendimento de padrões mínimos em matéria de direitos sociais (v., neste sentido, o já citado relatório de SACHAR, Rajindar. *op. cit.*, p. 12).

diferenciação no que diz com a força jurídica das diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais em sua dimensão subjetiva. Por outro lado, não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações na condição de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado (a ao particular, quando for o destinatário), inclusive mediante recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais na sua dimensão prestacional. Que na hipótese do direito à moradia, impõe-se particular prudência assim como uma análise mais detida e aprofundada de todos os aspectos e repercussões que o problema coloca, nunca é demais seja frisado.

Por derradeiro, convém lembrar que, no concernente ao modo de o Estado assegurar, no caso concreto, o acesso à moradia (e isto mesmo no âmbito de um “mínimo” para uma vida digna), igualmente existe um elenco de alternativas que não pode ser prévia e definitivamente estabelecido, cuidando-se, em suma, de questão necessariamente aberta ao debate e carente de desenvolvimento.

5. Considerações finais: o necessário resgate da dimensão utópica e promocional dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa como pressuposto para a viabilidade do direito à moradia

À guisa de conclusão, cumpre assinalar, aproximando as noções de eficácia jurídica e efetividade (eficácia social), que nem a previsão de direitos sociais fundamentais na Constituição (o que, portanto, vale igualmente para o direito à moradia) nem mesmo a sua positivação na esfera infraconstitucional poderão, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o instrumental suficiente para a sua concretização. No que diz com este aspecto, importa consignar a oportuna lição de Dieter Grimm, ilustre publicista e antigo Juiz do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, para quem a efetividade dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos direitos sociais) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve exclusivamente no âmbito do sistema jurídico, transformando-se em problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.¹²¹

Importante, portanto, é ter sempre em mente que uma Constituição de um Estado democrático (e social) de Direito não poderá jamais negligenciar o patamar de desenvolvimento social, econômico e cultural da comunidade, sob pena de comprometer seriamente sua força normativa e suas

¹²¹ Cf. GRIMM, Dieter. "Grundrechte und Soziale Wirklichkeit". In: HASSEMER, W., HOFFMANN-RIEM, W. & LIMBACH, J. (Org.). *Grundrechte und Soziale Wirklichkeit*. Baden-Baden: Nomos, 1982, p. 72. No mesmo sentido, há que registrar, entre nós, a oportuna e lúcida exortação de CLÉVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 127, apontando para a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

possibilidades de atingir uma plena efetividade.¹²² Neste contexto, cumpre retomar a temática da crise dos direitos fundamentais. Com efeito, especialmente no âmbito dos direitos sociais prestacionais, onde a referida crise se manifesta com particular agudeza, tal como já demonstrado, verifica-se que o impacto negativo sobre a capacidade prestacional do Estado se encontra diretamente vinculado ao grau de importância do limite fático da reserva do possível e do princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, os quais, por sua vez, atuam diretamente sobre a problemática da eficácia e efetividade dos direitos sociais, como de resto (e neste ponto oportuna a lembrança de Holmes e Sunstein) de todos os direitos fundamentais.

Em verdade, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação democrática e responsável a respeito de sua destinação, especialmente de forma a que sejam atendidas satisfatoriamente todas as rubricas do orçamento público, destacando-se aquelas que dizem com a realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social.¹²³ Na mesma proporção, deverá crescer o índice de sensibilidade por parte daqueles aos quais foi delegada a difícil missão de zelar pelo cumprimento da Constituição, de tal sorte que - em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social - assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens que se impõe quando da decisão acerca da concessão, ou não, de um direito subjetivo individual ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva dos direitos sociais.

Por outro lado, entendemos que não há como sustentar o argumento de que, em face dos efeitos da crise já referidos, inexistem alternativas plausíveis se não a de uma supressão pura e simples dos direitos sociais consagrados na Constituição, a pretexto de serem em grande parte responsáveis pela "ingovernabilidade" do nosso país. Da mesma forma, não devem - especialmente o Juiz e os demais operadores do Direito - simplesmente capitular diante das "forças reais de poder" (Lassale) ou em face da alegação de que inviável (em qualquer circunstância) o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações, socorrendo-se dos limites fáticos da reserva do possível e argumentando que inexistem dotações orçamentárias, pena de esvaziamento completo da eficácia dos direitos sociais. O que se verifica, em verdade, é que o aumento da opressão sócio-econômica e a elevação dos níveis de desigualdade fática fazem com que o reconhecimento e efetivação

¹²² Neste sentido, as ponderações de MÜLLER, Joerg-Paul. *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*. Basel-Frankfurt: Helbig & Lichtenhahn, 1981, p. 52.

¹²³ Aliás, a deliberação democrática e a participação popular efetiva nos processos de tomada de decisões no que diz com as opções tomadas no âmbito da realização dos direitos sociais, assume lugar de destaque no contexto do que se convencionou designar de um "status activus processualis" (Peter Häberle) dos direitos fundamentais, bem como na necessidade de se aperfeiçoar os mecanismos de participação democrática da população, como bem demonstram os diversos institutos consagrados pela nossa Constituição Federal de 1988 e uma série de medidas legislativas e experiências praticadas já no nosso país. Sobre o tema, especialmente no contexto dos direitos sociais, v., entre outros, KRELL, Andreas. "Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60, onde, de resto, encontra-se atual análise do problema do papel do Poder Judiciário na esfera da efetivação dos direitos sociais.

dos direitos sociais, ainda que em patamar mínimo, voltado à manutenção de um nível existencial digno, transformem-se em meta indispensável a qualquer ordem estatal que tenha a pretensão de ostentar o título de legítima e, por via de consequência, genuinamente democrática.

Aparentemente de forma paradoxal, constata-se que o processo de globalização acabou trazendo avanços significativos na esfera dos direitos fundamentais, não sendo por acaso que hoje se sustenta o fenômeno da universalidade dos direitos fundamentais e a formação – consoante já assinalado alhures - de um verdadeiro direito constitucional internacional nesta seara, fenômeno vinculado ao impulso da Declaração Universal da ONU, de 1948, bem como ao expressivo número de convenções internacionais na esfera dos Direitos Humanos, acompanhada da sua recepção pelo direito constitucional dos Estados. De outra parte, verifica-se que a globalização, especialmente no que diz com o avanço das comunicações, tem permitido uma veiculação universal, ainda que mínima, da agenda da defesa da dignidade humana e dos direitos fundamentais, facilitando o fluxo de informações, a denúncia de violações e dificultando a censura sobre os meios de comunicação.¹²⁴ Assim, como se pode concluir a partir da lição do grande jurista brasileiro Paulo Bonavides, a globalização, aqui considerada por um ângulo positivo, como veículo para a afirmação da universalização do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, acaba contribuindo decisivamente para que estes efetivamente venham a integrar uma espécie de patrimônio cultural (e jurídico) comum da humanidade.¹²⁵

Nesta quadra da exposição, convém lembrar que os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à moradia) a despeito de sua dimensão jurídico-normativa, essencialmente vinculada ao fato de serem postulados de "dever ser", possuem o que Pérez Luño denominou de "irrenunciável dimensão utópica", visto que contêm um projeto emancipatório real e concreto.¹²⁶ Entre nós, reconhecendo igualmente uma perspectiva utópica e promocional dos direitos fundamentais, José Eduardo Faria, partindo da concepção de utopia como "horizonte de sentido", sustenta que a luta pela universalização e efetivação dos direitos fundamentais implica a formulação, implementação e execução de programas emancipatórios, que, por sua vez, pressupõe uma extensão da cidadania do plano meramente político-institucional para os planos econômico, social, cultural e familiar, assegurando-

¹²⁴ Esta a lição de LOPES, José Reinaldo Lima. "Direitos Humanos, Pobreza e Globalização". *Revista da AMB* 2: 49-50, 1997.

¹²⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 524 e seguintes, salientando que no âmbito desta globalização dos direitos fundamentais, assumem relevo os direitos de "quarta geração", notadamente o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo, pois deles "depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade."

¹²⁶ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. "Derechos Humanos y Constitucionalismo em la Actualidad". In: ___. (Org.). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 15, ressaltando que "faltos de su dimensión utópica, los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad."

se o direito dos indivíduos de influir nos destinos da coletividade.¹²⁷ Mesmo na sua inafastável (mas não exclusiva) dimensão programática (considerando-se aqui os direitos fundamentais na sua condição de normas impositivas de programas e tarefas na esfera das políticas sociais),¹²⁸ os direitos sociais não precisam necessariamente constituir um instrumento de manipulação ou uma mera ilusão, tal qual sustentou, entre nós, Marcelo Neves,¹²⁹ mas exercem – de acordo com a lição de Andreas Krell, uma função sugestiva, apelativa, educativa e conscientizadora que não pode ser desconsiderada.¹³⁰

Considerando apenas as possibilidades apontadas ao longo do presente texto (e já bastaria aqui a praticamente incontroversa eficácia da dimensão negativa do direito à moradia e dos direitos sociais em geral), constata-se que também o direito à moradia não precisa (nem deve) ser interpretado como uma promessa de que todos passarão a ter, desde logo e por decreto normativo, plena condição de fruir deste direito, sem que com esta afirmação se esteja (muito antes pelo contrário) a repudiar a sua possível eficácia e efetividade. Ainda que se imponha o reconhecimento de que se está a vivenciar um verdadeiro mal-estar cívico e político que afeta a credibilidade da Constituição e do Direito, tal qual nos lembra Gomes Canotilho¹³¹, não há como desconsiderar, por outro lado, que sentir-se mal (caso ainda tenhamos esta salutar capacidade) pode significar o primeiro passo para uma tomada de consciência e a busca de soluções, também na seara da eficácia e efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

Por derradeiro, cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa, em todas as suas manifestações. A eficácia (jurídica e social) do direito à moradia e dos direitos fundamentais sociais deverá, portanto, ser objeto de permanente e responsável otimização pelo Estado e pela sociedade, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, por

¹²⁷ V. FARIA, José Eduardo. "Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à luz da Globalização Econômica", *cit.*, p. 154 e seguintes.

¹²⁸ Impõe que se deixe aqui consignado, que o reconhecimento da dimensão programática dos direitos sociais não impede, consoante restou demonstrado ao longo da exposição, que estejamos a tratar de preceitos destituídos normatividade, nem mesmo que os direitos sociais, seja na condição de direitos de defesa ou direitos a prestações, não possam alcançar eficácia e efetividade. O problema, em verdade, não está e, não se admitir o cunho programático que os direitos sociais também possuem, mas sim, em negar às normas programáticas uma eficácia, aplicabilidade e efetividade possíveis. Este, contudo, tema que aqui não mais pode ser desenvolvido.

¹²⁹ Cf. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 37 e seguintes. Com isto, todavia, não estamos a desconsiderar o fato (bem demonstrado pelo ilustre autor) de que a positivação de um extenso catálogo de direitos fundamentais, notadamente na esfera dos direitos sociais, não tenha servido – em algumas hipóteses – como instrumentos de manipulação da sociedade.

¹³⁰ Cf. KRELL, Andreas. *Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*, *cit.*, p.31.

¹³¹ Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Sobre o Tom e o Dom dos Direitos Fundamentais...*, *cit.*, p. 38.

sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça. Caso contrário, não haveremos de escapar – tal como com lucidez adverte Paulo Bonavides - de uma lamentável, mas cada vez menos contornável e controlável, transformação de muitos Estados democráticos de Direito em verdadeiros “estados neocoloniais”.¹³²

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível na Internet: <
<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>.

Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

- 1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
- 2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
- 3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
- 4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
- 5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: <http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323>
- 6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: <http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado>

Publicação Impressa / Informações adicionais:

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 65-119, jul./set. 2003

¹³² Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial. A Derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19 e seguintes.